Über das Verhältnis der Klage aus Bürgerl. Gesetzbuch § 1007 zu der Klage aus Bürgerl. Gesetzbuch § 861.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Juristen-Fakultät der Universität Rostock

vorgelegt

von

Otto Michel,
Referendar aus Barmen.

ACAD. LIBRARY BIBL.

Rostock
Carl Hinstorffs Buchdruckerei.
1904.

Meinen lieben Eltern

in aufrichtigster Dankbarkeit.

Literaturverzeichnis.

Bekker, Aphorismen zur Besitzlehre. In: Beiträge zur Auslegung des Bürgerlichen Gesetzbuches, Heft 1, Leipzig 1902.

Bekker, Der Besitz beweglicher Sachen. Nach der zweiten Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. In: Jherings Jahrbücher, Band 34, Jena 1895.

Bendix, Das Deutsche Privatrecht, Sachenrecht, Breslau 1898.

Bendix, Die Besitzlehre nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche unter Berücksichtigung der bisherigen Rechtsprechung, Hannover 1900.

Biermann, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1898.

Bunsen, Einführung in das Bürgerliche Gesetzbuch, Sachenrecht, Rostock 1897.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, Sachenrecht, 1. und 2. Auflage. Jena 1900.

Cretschmar, Das bürgerliche Recht unter besonderer Berücksichtigung der Preussischen Landesgesetzgebung, 1. Band, Düsseldorf 1902.

Dernburg, Pandekten I, 5. Auflage, Berlin 1896.

Endemann, Einführung in das Bürgerliche Gesetzbuch, Sachenrecht, 3. und 4. Auflage. Berlin 1898.

Engelhardt, Welche Rechte stehen dem Oberbesitzer zu? Hamburg 1902.

Enneccerus u. Lehmann, Das bürgerliche Sachenrecht, Marburg 1898.

Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Erste Lesung 1888 und zweite Lesung 1895.

Feustel, Der Anspruch aus § 1007 des Bürgerlichen Gesetzbuches, verglichen mit den Klaggebilden des früheren Rechts, Rudolstadt 1900.

Fischer-Henle, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches, 6. Auflage, München 1904.

Frank, Vergleich der actio Publiciana mit der Klage aus § 1007 des Bürgerlichen Gesetzbuches, Köln 1903.

Gaertner, Der gerichtliche Schutz gegen Besitzverlust, Breslau 1901.

Gierke, Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Leipzig 1899.

Gierke, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Jena 1897.

Giese, Besitzrechtsschutz im Bürgerlichen Gesetzbuch und actio in rem Publiciana, Berlin 1901.

Haidlen, Bürgerliches Gesetzbuch, Sachenrecht, Stuttgart 1897.

Heilfron, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Sachenrecht, Berlin 1900.

Josef, Erläuterung zu der Besitzklage des Bürgerlichen Gesetzbuches usw. In: Archiv für Bürgerliches Recht, Band 15, Berlin 1899.

Kappler, Zur Lehre vom Besitz, Wiesbaden 1899.

Kindel, Das Recht an der Sache, Breslau 1889.

Kniep, Der Besitz des Bürgerlichen Gesetzbuches. Jena 1900.

Krahé, Der Besitzschutz nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Köln 1899.

Krückmann, Institutionen des Bürgerlichen Gesetzbuches, 2. Auflage, Göttingen 1899.

Leske, Vergleichende Darstellung des Bürgerlichen Gesetzbuches und des Preussischen Allgemeinen Landrechts, Berlin 1899.

Matthiass, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Sachenrecht, 3. Auflage, Berlin 1900.

Meischeider, Die alten Streitfragen gegenüber dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Berlin und Leipzig 1889.

Meisner, Das Bürgerliche Gesetzbuch, Sachenrecht, Berlin 1901.

Miethke, Wesen und Umfang der Klage des § 1007 des Bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin 1900.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Sachenrecht, 2. Auflage, Berlin 1896.

Müller, Die Klage aus dem früheren Besitz nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich unter besonderer Berücksichtigung ihrer historischen Entwicklung, Saalfeld a. S. 1900.

Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches, I. Band, 2. Auflage, Berlin 1900.

Ostermeyer, Handbuch des Sachenrechts, Königsberg 1899.

Peipers, Die Besitzrechtsklage nach § 1007 BGB. gegenüber der actio Publicana des römischen und gemeinen Rechts, Rostock 1902.

Pflüger, die Verfolgung beweglicher Sachen nach dem Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches. In: Jherings Jahrbücher, Band 35, Jena 1895.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch, Sachenrecht, 1. und 2. Auflage, Berlin 1902.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches

Reatz, Der Besitz. In: Gutachten aus dem Anwaltstande über die erste Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Heft 9, Berlin 1889.

Scherer, Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1899.

Schulenburg, Über den Schutz des Besitzes an Sachen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Dortmund 1899.

Schuppe, Das Recht des Besitzes, zugleich Kritik des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Breslau 1891.

Siméon, Recht und Rechtsgang im Deutschen Reiche, Sachenrecht, Berlin 1901.

Staudinger's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Auflage, III. Band, Sachenrecht von Kober, München 1903.

Strohal, Der Sachbesitz. In: Jhering's Jahrbücher, Band 38, Jena 1898.

Verhandlungen des 24. Deutschen Juristentages. Herausgegeben vom Schriftführeramt der ständigen Deputation, Band III u. IV, Berlin 1898.

Weidemann, Der mittelbare Besitz des Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1902.

Wendt, Der mittelbare Besitz. In: Archiv für civilistische Praxis, Band 87, Freiburg i. B. 1897.

Disposition.

I. Einleitung.

II. Hauptteil.

1. A. Der Kläger aus § 1007.
   B. Der Kläger aus § 861.
   C. Schlussfolgerung für das Verhältnis.
2. A. Der Beklagte aus § 1007.
   B. Der Beklagte aus § 861.
   C. Schlussfolgerung für das Verhältnis.
3. A. Klagbegründung aus § 1007.
   B. Klagbegründung aus § 861.
   C. Schlussfolgerung für das Verhältnis.
4. A. Verteidigung aus § 1007.
   B. Verteidigung aus § 861.
   C. Schlussfolgerung für das Verhältnis.
5. Gegenstand und Inhalt beider Klagen unter Berücksichtigung des Verhältnisses.

III. Schlussergebnis.

I. Einleitung.

Ist jemandem der Besitz einer Sache wider Willen entzogen worden, so kann seine Stellung in dem nachfolgenden Besitzprozess eine doppelte sein. Entweder ist er Einwendungen des Beklagten ausgesetzt, die ein besseres Recht zur Sache geltend machen, sodass also Kläger nur durchdringen kann, wenn er besser berechtigt ist wie der Beklagte, oder aber derartige Einwendungen aus dem besseren Rechte sind dem Beklagten verschlossen, sodass die vom Kläger bewiesene Tatsache der ohne seinen Willen geschehenen Besitzentziehung zur Verurteilung genügt. In der angegebenen Art stehen sich im Bürgerlichen Gesetzbuch die Besitzschutzklage des § 861 und die Besitzrechtsklage aus § 1007 entgegen. Es erhellt, dass beide Klagen im Prinzip auf denselben faktischen Tatbestand zugeschnitten sind, wenn auch der gesetzliche Tatbestand von einander abweicht. Daher ergiebt sich die Frage: Wie ist das Verhältnis der Klage des § 1007 zu der des § 861, stehen beide Klagen stets nebeneinander zu, oder wann ist nur die aus § 1007, wann nur die aus § 861 gegeben, und wird bei der Konkurrenz beider Klagen der Kläger gut tun, sie nebeneinander anzustellen oder nicht?

II. Hauptteil.

Der Kläger aus § 1007.

Gemäss § 1007 ist zur Anstellung der Klage berechtigt, „wer eine bewegliche Sache im Besitze gehabt hat“ Demnach ist Kläger grundsätzlich jeder frühere Besitzer, nicht bloss der Eigenbesitzer, sondern auch der Fremdbesitzer, wie z. B. der Niessbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer, Entleiher, Finder, Kommissionär, Spediteur, Frachtführer u. s. w. Auch der Erbe kann aus § 1007 klagen auf Grund des auf ihn übergegangenen diesbezüglichen Anspruchs seines Erblassers. Ferner ist dem früheren Mitbesitzer die Klage aus § 1007 gegeben; er kann Dritten gegenüber den Herausgabeanspruch in Ansehung der ganzen Sache geltend machen, indes die Herausgabe nur an alle damaligen Mitbesitzer oder die Hinterlegung für sie alle fordern.[1] Denn da im Falle des Mitbesitzes die Vermutung für gemeinschaftliches Eigentum spricht,[2] muss, wie dies der § 1011 für den Eigentumsanspruch aus-

1) Gierke, Fahrnisbesitz, S. 50 f.
2) Gierke, Fahrnisbesitz, S. 24 u. 51.

drücklich bestimmt, auch bei dem Anspruch aus § 1007 der § 432 entsprechende Anwendung finden. Andererseits wird einem Mitbesitzer gegen einen anderen Mitbesitzer das Klagerecht aus § 1007 nicht zustehen dürfen, da nach der Natur des Mitbesitzes als ungeteilter Besitz mehrerer Personen an einem Sachganzen[1] der einzelne Mitbesitzer ein Recht auf Innehabung der Sache den anderen Mitbesitzern gegenüber nicht hat.[2]

Die Klage aus § 1007 wird man ferner auch dem Teilbesitzer zubilligen müssen. Dass im Bürgerlichen Gesetzbuch — im Gegensatz zum Gemeinen Recht — überhaupt die Möglichkeit eines Teilbesitzes besteht, wird durch den § 865 anerkannt. Gemäss dieses Paragraphen finden auch zu Gunsten des Teilbesitzers die Vorschriften der §§ 858—864 Anwendung; der Teilbesitzer geniesst also auch vollen Besitzschutz. Diese Tatsache, dass der Besitzer von besonderen Sachteilen des Besitzesschutzes in vollem Masse teilhaftig ist,[3] dürfte wohl auch die Gewährung der Klage des § 1007 rechtfertigen.[4] Anstatt auf Herausgabe der Sache wird der Teilbesitzer natürlich nur auf Überlassung des Besitzes an dem früher besessenen Sachteile klagen können.

1) Endemann a. a. O. S. 165.

2) Ebenso: Gierke, Fahrnisbesitz, S. 51; Miethke a. a. O. S. 16; Müller a. a. O. S. 29; anderer Ansicht: Staudinger a. a. O. Anm. I, 1b zu § 1007; Franck a. a. O. S. 34.

3) Fischer-Henle a. a. O. Anm. 1 zu § 1007; Müller a. a. O. S. 16 u. 17.

4) Gierke (Fahrnisbesitz, S. 51, Anm. 18) hält es für zweifelhaft, ob früherer Teilbesitz an einer beweglichen Sache den Anspruch aus § 1007 begründen kann. Aber gleichwohl erachtet er den Teilbesitzer zur Anstellung der Besitzrechtsklage für befugt.

Ob auch dem mittelbaren Besitzer die Klage aus § 1007 zuzusprechen ist, erscheint fraglich. Im allgemeinen wird man im Bürgerlichen Gesetzbuch überall, wo von Besitz die Rede ist, unter Besitzer ohne Weiteres den mittelbaren Besitzer mit eingreifen müssen;[1] denn gemäss § 868 ist Besitzer auch der mittelbare Besitzer. Des Weiteren spricht auch in Absatz 3 des § 1006 die Vermutung für ihn.

Anderer Meinung ist Wendt,[2] der auf dem Standpunkte steht, dass der mittelbare Besitz im Bürgerlichen Gesetzbuch als „Besitz" nur dann mitzuverstehen sei, wenn es das Gesetz ausdrücklich bestimmt; er streitet daher dem früheren mittelbaren Besitzer die Klage aus § 1007 ab. Nach seiner Ansicht muss ein obligatorisches Rechtsverhältnis gefordert werden, das einen Rückgabeanspruch begründen kann. Im Gegensatz zu dieser Auffassung ist aber doch vielmehr, wie Gierke[3] ausführt, entscheidend „die durch ein derartiges Verhältnis fortdauernd behauptete tatsächliche Sachherrschaft, die anerkannte Position als Besitzherr, die Möglichkeit der Verfügung über die Sache". Und an einer späteren Stelle billigt Gierke[4] dem früheren mittelbaren Besitzer das Klagerecht aus § 1007 ohne weiteres zu. Dieser Ansicht hat sich, während Wendt, soweit mir bekannt ist, keine Anhänger

---

1) Fischer-Henle a. a. O. Anm. 4 zu § 861.

2) Wendt a. a. O. S. 40 ff.; Gierke, Fahrnisbesitz, S. 7, Anm. 15.

3) Gierke, Fahrnisb., S. 7, Anm. 15.

4) Gierke, Fahrnisb., S. 50.

gefunden hat, die Allgemeinheit angeschlossen.[1] Unter anderem hat auch der 24. Deutsche Juristentag[2] die Verfolgung des dinglichen Rechts auch gegen den mittelbaren Besitzer einstimmig für zulässig erklärt.

Selbst wenn der frühere mittelbare Besitzer niemals unmittelbarer Besitzer gewesen ist, kann er aus § 1007 klagen, z. B. wenn er durch constitutum possessorium mittelbaren Eigenbesitz einer Sache erlangt hatte.[3] — Ebenfalls gewährt das Gesetz die Besitzrechtsklage demjenigen, dem der Anspruch daraus abgetreten ist.

Keine Klage aus § 1007 kann dagegen der Besitzdiener anstellen, da er keinen Besitz im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches hat. Ob Besitzdienerschaft vorliegt, wird in jedem Falle genau zu untersuchen sein, da die Grenze zwischen Besitzer und Besitzdiener oft nur schwer zu erkennen ist.

Der Kläger aus § 861.

Bei der Klage aus § 861 ist als Kläger derjenige legitimiert, welchem der Besitz durch verbotene Eigenmacht entzogen worden ist. Was es heisst „durch verbotene Eigenmacht entzogen", wird weiter unten bei der Klagebegründung eingehend erörtert werden. Grundsätzlich steht die Klage dem

1) u. a. Planck a. a. O. Anm. 2a α zu § 1007; Neumann a. a. O. Anm. I, 2 zu § 1007; Cosack a. a. O. S. 88; Peipers a. a. O. S. 41.

2) Verhandlungen a. a. O. Bd. 4, S. 142.

3) Gierke, Fahrnisbes. S. 50.

früheren Besitzer zu, und zwar nicht nur dem Eigenbesitzer, sondern auch dem Fremdbesitzer, vorausgesetzt, dass der Besitz bis zur Entziehung durch verbotene Eigenmacht in der Person des Klägers fortgedauert hat.

Gemäss § 1922 Abs. 1 geht das Vermögen des Erblassers als Ganzes auf den Erben über.[1] Zum Vermögen des Erblassers gehört aber auch der Anspruch wegen Besitzentziehung; es steht daher auch dem Erben die Klage aus § 861 zu. — Dem Mitbesitzer gewährt das Gesetz gleichfalls den Besitzschutz. Unterscheiden wir auch hier wieder, ob die Klage gegen einen Dritten oder einen anderen Mitbesitzer gerichtet ist.[2] Im ersten Falle kann der Mitbesitzer die Wiedereinräumung des Besitzes an der ganzen Sache verlangen, er geniesst also denselben Besitzschutz wie ein Alleinbesitzer. Aber auch nicht minder kann er gegen einen anderen Mitbesitzer die Klage aus § 861 anstrengen,[3] da die Vorschrift des § 866 über die Beschränkung des Besitzschutzes der Mitbesitzer gegeneinander keine Anwendung findet, wenn einem Mitbesitzer der Gebrauch gänzlich entzogen ist.

Nach § 865 ist der Teilbesitzer in Ansehung des Anspruchs aus § 861 dem Vollbesitzer gleichgestellt, folglich kann auch er die Besitzentziehungsklage anstellen. Es kann demgemäss sowohl gegen einen anderen Teilbesitzer, sowie auch gegen einen

1) Fischer-Henle a. a. O. Anm. 4 zu § 861; Planck a. a. O. Anm. 2a zu § 861.

2) Fischer-Henle a. a. O. Anm. 2 zu § 866.

3) Gaertner a. a. O. S. 159.

Dritten oder einen mittelbaren Besitzer der ganzen Sache, soweit der Teilbesitz geht, den Anspruch aus § 861 geltend machen.

Auch der mittelbare Besitzer erfreut sich des Klagerechtes aus § 861. Er kann von einem Dritten, der ihm den Besitz mittels gegen den unmittelbaren Besitzer gerichteter verbotener Eigenmacht entzogen hat, gemäss § 869 die Wiedereinräumung des Besitzes an den unmittelbaren Besitzer fordern.[1] Eine vorhergehende Anfrage bei dem unmittelbaren Besitzer bezüglich der eigenen Ausübung seines Klagerechtes ist nicht notwendig;[2] es ist dies vielmehr ein selbständiges Recht des mittelbaren Besitzers. Kann oder will der unmittelbare Besitzer den Besitz nicht übernehmen, so kann der mittelbare Besitzer verlangen, dass ihm selbst der Besitz eingeräumt wird.

Sodann kann der mittelbare Besitzer auch gegen den unmittelbaren Besitzer die Klage aus § 861 anstrengen, wenn dieser sich verbotener Eigenmacht schuldig macht. Nehmen wir z. B. den Fall an, dass der unmittelbare Besitzer eine geliehen erhaltene Sache verpfändet hat.[3] Im Verhältnis zu dem Dritten ist er dann mittelbarer Besitzer geworden, und, weil durch die Worte des § 869 „so ist auch der andere Besitzer“ der mittelbare Besitz dem unmittelbaren rechtlich gleichgestellt ist, insofern noch immer Besitzer geblieben. Gemäss

1) Gaertner a. a. O. S. 151; Matthiass a. a. O. S. 57.
2) Meisner a. a. O. Anm. 2b zu §§ 868/869.
3) Meisner a. a. O. Anm. 3 zu §§ 868/869

§ 861 ist daher gegen den bisherigen unmittelbaren Besitzer die Besitzentziehungsklage statthaft; nicht minder aber auch gegen den etwa fehlerhaft zum Besitz gelangten Dritten (§ 858[2]).

Im Gegensatz zu dem zuletzt Gesagten verweigern u. a. Biermann und Strohal[1] dem mittelbaren Besitzer jeden Besitzschutz, mit der einen Ausnahme, dass gegen den unmittelbaren Besitzer verbotene Eigenmacht verübt wird. Sie stützen sich hierbei auf die Denkschrift und die Protokolle und berufen sich ferner darauf, dass die Spezialbestimmung des § 869 der allgemeinen des § 868 vorgehe.

Schliesslich steht auch demjenigen, welchem der Klageanspruch abgetreten ist, die Klage aus § 861 zu.

Ebensowenig wie dem Besitzdiener das Gesetz eine Klage aus § 1007 gewährt, gestattet es ihm die Klage aus § 861, da er ja, wie schon oben bemerkt, kein Besitzer nach dem Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches ist.

Ergebnis.

Was die Person des Klägers angeht, so zeigen sich bisher Verschiedenheiten der beiden Paragraphen nicht. In beiden Fällen ist aktiv legitimiert der Eigenbesitzer, der Fremdbesitzer, der Erbe, der Mitbesitzer, der Teilbesitzer, der mittelbare und unmittelbare Besitzer wie derjenige, dem der Klage-

1) Gaertner a. a. O. S. 151 f.; Biermann a. a. O. Anm. 3 zu § 869; Strohal a. a. O. S. 122.

anspruch abgetreten ist, niemals aber der Besitzdiener. Für die Darlegung des Verhältnisses der Klagen zu einander braucht infolgedessen fernerhin auf die hier erörterten Fragen keine Rücksicht genommen zu werden. Insofern ist das Ergebnis ein negatives. Nur eins ist hervorzuheben, dass dem Mitbesitzer beide Klagen gegen Dritte kompetieren, dagegen hat er gegen den Mitbesitzer nur die Klage aus § 861; § 1007 scheidet in diesem Falle aus.

Der Beklagte aus § 1007.

Wir kommen nun zu der Frage, gegen wen das Klagerecht aus § 1007 geltend gemacht werden kann.

Passiv legitimiert aus § 1007 ist grundsätzlich jeder gegenwärtige Besitzer, welcher die Sache in seiner tatsächlichen Gewalt hat und sie dem Kläger vorenthält, und zwar sowohl der Eigen- wie der Fremdbesitzer, der Teil- wie der Mitbesitzer. Auch gegen den Erben geht die Klage aus § 1007, da gemäss § 857 der Besitz auf den Erben übergeht. Gegen den Besitzdiener richtet sich die Klage aus dem früheren Besitz nicht, da dieser ja nicht „Besitzer" ist. In einem derartigen Falle muss der Anspruch gegen den, der durch den blossen Inhaber besitzt, also gegen den Besitzherrn gerichtet werden. Ebenso geht auch, wie Gierke[1] erwähnt, wenn jemand als Organ des Staates, einer Gemeinde oder einer anderen juristischen Person des öffentlichen Privatrechts Besitz ausübt, die Klage gegen die juristische Person.

1) Gierke, Fahrnisbesitz, S. 52 f.

Andererseits lässt das Gesetz gegen den fictus possessor, d h. gegen den, qui liti se obtulit, und den, qui dolo desiit possidere, die Klage aus früherem Besitz nicht zu.[1]

Es handelt sich nun noch darum, festzustellen, ob auch gegen den mittelbaren Besitzer die Klage aus früherem Besitze statthaft ist.[2] Die Entscheidung wird davon abhängen, ob auch bei der Eigentumsklage, der ja die Fahrnisklage nachgebildet ist, der mittelbare Besitzer passiv legitimiert ist. Die Zulässigkeit dieses Anspruches ist besonders von Wendt angefochten worden.[3] Nach dem, was bereits oben gesagt ist, kann nach seiner Meinung die Klage unmöglich gegen den mittelbaren Besitzer gewährt werden Dass sie aber tatsächlich zulässig ist, folgt in erster Linie aus der Entstehungsgeschichte des § 985.

Der § 929 des ersten Entwurfes lautete: „Der Eigentümer hat gegen den Besitzer den Anspruch auf Herausgabe der Sache. Der Anspruch findet auch gegen den Inhaber der Sache statt.“ Dies

---

1) Hat sich der Beklagte aber einmal auf die Klage eingelassen so erfolgt bezüglich desjenigen, qui liti se obtulit, Verurteilung zur Herausgabe (Peipers a. a. O. S. 85), da ein Widerruf des gerichtlichen Geständnisses gemäss § 290 der Civilprozessordnung nur wegen Irrtum möglich ist; im weiteren Verlauf wird der Beklagte dann wegen Unmöglichkeit der Herausgabe auf Leistung des Interesses verklagt werden können (§ 893, Abs. 2 der Civilprozessordnung). — Gegen denjenigen aber, qui dolo desiit possidere, wird der Kläger die Ansprüche aus unerlaubten Handlungen geltend machen. —

2) Gierke, Fahrnisb,, S, 53.

3) Verhandlungen des 24, D, Jur. Tages a. a. O. Band 3, S. 3 ff.; Wendt a. a. O. S. 68 ff.

heisst soviel, dass der Eigentümer auch gegen den mittelbaren Besitzer, gegen den nicht selbst „in der Innehabung befindlichen“ Besitzer klagen konnte. Die zweite Kommission änderte die Bestimmung des § 929 des ersten Entwurfes, und wir finden daher im zweiten Entwurf den § 899 Abs. 2: „Gegenüber einem mittelbaren Besitzer steht dem Eigentümer ein Anspruch auf Überlassung des mittelbaren Besitzes nicht zu.“ Aber auch diese Bestimmung wurde bei der Revision des zweiten Entwurfes gestrichen. Die Kommission gab ihren früheren Standpunkt auf,[1] indem geltend gemacht wurde, „dass es auffallend erscheinen würde, wenn der mittelbare Besitzer in allen übrigen Beziehungen als Besitzer und nur in Ansehung der Passivlegitimation bei der rei vindicatio nicht als Besitzer behandelt würde“.

Nach dem jetzigen Wortlaut des Gesetzes muss man für die Passivlegitimation des mittelbaren Besitzers aus § 985 und folglich auch aus § 1007 Partei ergreifen. Denn wie bereits verschiedentlich bemerkt, ist auch der mittelbare Besitzer „Besitzer“. Zweifellos wird man also im Bürgerlichen Gesetzbuch unter Besitzer auch den mittelbaren Besitzer mitverstehen müssen, wenn sich nicht aus dem Zusammenhang etwas anderes ergiebt, und dies trifft bei § 985 nicht zu. Wendt behauptet nun aber, dass der mittelbare Besitzer zur Herausgabe der Sache nicht im stande sei, und will daher die Vorschrift des § 985 auf den unmittelbaren Besitzer beschränkt wissen. Dies ist indes nicht stich-

1) Protokolle a. a. O. Band VI, S. 237.

haltig.[1] Denn „giebt das Gesetz dem Eigentümer gegen den Besitzer, worunter nach § 868 auch der mittelbare Besitzer zu verstehen ist, den Anspruch auf Herausgabe der Sache, so liegt die Auslegung näher, dass es in der Anwendung auf den mittelbaren Besitzer unter „Herausgabe der Sache“ eine Leistung versteht, zu der der mittelbare Besitzer im stande ist“. Und so ist in dem Anspruch auf Herausgabe der Sachen der Anspruch auf Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe der Sachen und somit auf Überlassung des mittelbaren Besitzes enthalten.

Dass auch viele praktische Gründe für die Passivlegitimation des mittelbaren Besitzers sprechen, behandelt Gierke[2] in seiner Abhandlung über die Bedeutung des Fahrnisbesitzes eingehend. Was hier für den § 985 zutrifft, gilt auch für den Anspruch aus § 1007. „Hier ist sogar die Gestattung der Klage gegen den mittelbaren Besitzer ein noch dringenderes Bedürfnis als beim Eigentumsstreit.“

Die laudatio auctoris ist hier ebenfalls statthaft. Gemäss der Vorschrift des § 76 der Civilprozessordnung kann derjenige, der als Besitzer einer Sache verklagt ist, die er nach § 868 des Bürgerlichen Gesetzbuches als unmittelbarer Besitzer zu besitzen behauptet, seinem mittelbaren Besitzer, wenn er ihn unter Benennung an den Kläger zur Erklärung ladet, den Streit verkünden. Mit Zustimmung des Beklagten ist dann der mittelbare Besitzer berechtigt,

1) Planck a. a. O. Anm. 1 bβ zu § 985.
2) Gierke, Fahrnisbes. S. 55 f.

an dessen Stelle den Prozess zu übernehmen, und der unmittelbare Besitzer ist auf seinen Antrag von der Klage zu entbinden. Die Entscheidung aber ist auch gegen den unmittelbaren Besitzer wirksam und vollstreckbar.

Wir finden also auch hier die Passivlegitimation des mittelbaren Besitzers bestätigt, und dies ist auch allgemein gegen die Ansicht Wendt's anerkannt worden.[1]

Der Beklagte aus § 861.

Nach § 861 ist passiv legitimiert derjenige, welcher dem Kläger gegenüber fehlerhaft besitzt. Ein Haupterfordernis ist also zunächt, dass der Beklagte die Streitsache besitzt. Die Erörterung darüber, wen das Gesetz mit dem fehlerhaften Besitzer meint, bleibt dem Abschnitte über die Klagebegründung vorbehalten. Hier genügt die Feststellung, dass die Klage geht gegen den Eigenbesitzer, den Fremdbesitzer, den Teil- und Mitbesitzer und gegen den Erben. Gegen den Besitzdiener ist die Klage nicht zulässig, wie auch die herrschende Meinung zugibt.[2 3]

---

1) Cosack a. a. O. § 190, IV, 1; Endemann a. a. O. § 90 2b; Enneccerus a. a. O. S. 27 f.; Fischer-Henle a. a. O. Anm. 2 zu § 985; Gierke, Fahrnisbes., S. 53 ff.; Neumann a. a. O. Anm. I, 3 zu § 1007; Planck a. a. O. Anm. 1 b β zu § 985 und Anm. 2 a α zu § 1007; Giese a. a. O. S. 45; Beipers a. a. O. S. 86.

2) Cosack a. a. O. § 190 IV, 1a; Heilfron a. a. O. S. 100 Neumann a. a. O. Anm. I, 3b zu § 861; Schulenburg a. a. O. S. 36.

3) Anderer Meinung ist z. B. Gaertner a. a. O. S. 179; nach seiner Ansicht ist das Wort „besitzen" im Sinne der Passivlegitimation ausdehnend auszulegen und auch auf den Besitzdiener zu beziehen.

Ebensowenig wie im Falle des § 1007 geht auch hier die Klage gegen den fictus possessor, da es auf den gegenwärtigen Besitz in der Person des Beklagten ankommt. Fraglich ist, ob eine Verurteilung in der Hauptsache zulässig ist, wenn der Beklagte während der Dauer des Rechtsstreites des Besitzes sich entäussert. Einige[1] verneinen dies mit Rücksicht darauf, dass die Klage lediglich auf Wiedereinräumung des Besitzes gerichtet ist. Wir pflichten dem nicht bei in der Erwägung, dass der Beklagte später immerhin von neuem den Besitz der Sache erlangen kann, in welchem Falle dem Kläger das Urteil von statten sein wird.

Auch gegen den mittelbaren Besitzer kann die Klage aus § 861 erhoben werden. Strohal[2] bringt dazu folgendes Beispiel: Dem bisherigen Besitzer A ist der Besitz einer Uhr von B durch verbotene Eigenmacht entzogen worden. B gibt die Uhr einem Uhrmacher zur Reparatur. Hierdurch wird B mittelbarer Besitzer, während die Uhr in den unmittelbaren Besitz des Uhrmachers gelangt. Der Uhrmacher selbst hatte zur Zeit der Übergabe der Uhr von der Fehlerhaftigkeit des Besitzes des B keine Kenntnis. Gegen den Uhrmacher wird A den Anspruch aus § 861 nicht richten können, wohl aber gegen B, wenn dieser auch nur mittelbarer Besitzer der Uhr ist!

1) Planck a. a. O. Anm. 2c zu § 861; Neumann a. a. O. Anm. I. 3a β zu § 861; Gaertner a. a. O. S. 179; Krahé a. a. O. S. 34.
2) Strohal a. a. O. S. 126.

Dass die Ansicht Wendts über den mittelbaren Besitz sich nicht halten lässt, zeigt sich hier noch viel deutlicher. Bleiben wir bei dem eben angeführten Beispiel; in diesem Falle wäre der Kläger A, da er nach Wendt Nichtbesitzer wäre, völlig schutzlos; denn B hat sich ja dadurch, dass er die Uhr in den unmittelbaren nicht fehlerhaften Besitz des Uhrmachers gelangen lässt, selbst der Passivlegitimation entzogen.

Ergebnis.

Auch bezüglich des Beklagten ergeben sich also, soweit wir die Stellung desselben bisher ins Auge gefasst haben, Verschiedenheiten nicht. Hier wie dort ist Beklagter der gegenwärtige Besitzer, der Eigen- und Fremdbesitzer, der Teil- und Mitbesitzer, der mittelbare und unmittelbare Besitzer, sowie der Erbe; nicht aber der fictus possessor und der Besitzdiener. Es können daher in folgendem auch diese Punkte ausser Betracht bleiben. Insofern ist also auch hier das Ergebnis ein negatives. Es wird in erster Linie, um das Verhältnis der einen Klage zu der anderen finden zu können, auf die klagebegründenden Tatsachen hier und dort ankommen.

Klagebegründung aus § 1007.

Der Kläger muss zur Begründung der Klage aus § 1007 zunächst seinen früheren Besitz nachweisen. Dieser darf nicht weiter als 30 Jahre zurückliegen, da andernfalls der Anspruch aus § 1007, auf den die allgemeine Bestimmung des § 195 Anwendung findet, verjährt wäre. Ferner muss Kläger den Beweis erbringen, dass der Beklagte der gegenwärtige Besitzer der Sache ist, sowie entweder, dass der Beklagte beim Erwerbe des Besitzes nicht in gutem Glauben gewesen sei, oder aber, dass ihm, dem Kläger, die Sache gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen sei, m. a. W., dass er den Besitz unfreiwillig eingebüsst habe.

Es fragt sich zunächst, was das Gesetz unter gutem bezw. bösem Glauben versteht. Eine passende Definition dieser Begriffe ergiebt sich aus dem 1. Absatz des § 930. Wenn es dort in Satz 1 heisst: „war der Besitzer bei dem Erwerbe des Besitzes nicht in gutem Glauben“ und im zweiten Satz: „erfährt der Besitzer später, dass er zum Besitze nicht berechtigt war“, so erhellt daraus, dass dem

Besitzer guter Glaube fehlt, wenn ihm bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist,[1] dass er zum Besitze bezw. zur Besitzergreifung nicht berechtigt ist.[2] In gleichem Sinne lauten auch die Definitionen von Gierke und Endemann. Während jedoch der erstere von einem Recht auf den Besitz spricht, ist bei Endemann die Rede von einem Recht zur Besitzergreifung.[3] Dieser kleine Unterschied kann indes hier nicht ins Gewicht fallen; bei Endemann beginnt das Besitzrecht nur einen Augenblick früher als bei Gierke, nämlich kurz vor der Besitzergreifung, bei Gierke dagegen gleich nach derselben, in dem Moment, wo es bereits verwirklicht und vollendet ist. Wer es also peinlich genau nehmen will, müsste sich der Endemann'schen Definition anschliessen.[4]

Die Unterlage für die Definitionen von Gierke und Endemann bietet aber nun nicht der § 990 Abs. 1, sondern der zweite Absatz des § 932. Was zunächst die in diesem Paragraphen ausgesprochene Gleichstellung des grobfahrlässig verschuldeten Nichtwissens mit dem Wissen angeht, so ist, wie Gierke[5]

---

1) Es wird weiter unten gezeigt werden, dass man das Wissen dem grobfahrlässigen Nichtwissen gleichstellen darf.

2) Dass das Gesetz an dieser Stelle einen Unterschied macht zwischen mala fides bei dem Erwerbe und mala fides superveniens ist bezüglich der Begriffsbestimmung des guten und bösen Glaubens ohne Belang.

3) cf. Peipers a. a. O. S. 57.

4) Der Endemann'schen Definition giebt u. a. Peipers (S. 57) und Feustel (S. 14), der Gierke'schen z. B. Müller (S. 30) den Vorzug.

5) Gierke, Fahrnisb., S. 51, Anm. 19.

mit Recht sagt, dieselbe auf alle Fälle zu beziehen, in denen guter Glaube gefordert und nicht ausdrücklich das Gegenteil bestimmt wird. Bisher ist dieser Behauptung von keiner Seite widersprochen worden, und es ist folglich auch für den bona fides Begriff des § 1007 das Wissen dem grobfahrlässigen Nichtwissen gleich zu erachten. Im übrigen wird man aber aus § 932,2 einen allgemein gültigen bona fides Begriff, der also auch für unseren § 1007 in Anwendung gebracht werden müsste, nicht herleiten können. Giese[1] behauptet, dass ein solcher Gattungsbegriff, der für das ganze Bürgerliche Gesetzbuch massgebend wäre, überhaupt nicht besteht; wie für den § 932,2, so habe auch für den § 1007 der bona fides Begriff seine spezifische Natur. Es dürfte dies wohl etwas zu weit gegangen sein. Dass der § 932,2 allerdings eine nur in jenem Abschnitt des Gesetzes brauchbare Bestimmung des guten Glaubens enthält, wird man annehmen dürfen. Die genaue Auslegung dieses Paragraphen ist, dass dem Besitzer guter Glaube fehlt, wenn er weiss oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht weiss, dass der Autor nicht das Recht zur Übertragung habe, m. a. W., dass dieser nicht Eigentümer sei; die Überzeugung,[2] dass der Veräusserer befugt sei, die Sache zu veräussern, genügt hier nicht, wie z. B. im Handelsgesetzbuch, das weiter geht als das

---

1) Giese a. a. O. S. 59 f.

2) cf. Peipers a. a. O. S. 50.

Bürgerliche Gesetzbuch.[1] Zudem ist im § 932,2 nur von derivativem Erwerb die Rede, also kann auch schon deshalb nicht eine allgemein gültige Definition des guten Glaubens daraus gefolgert werden; und noch umsoweniger darf man eine aus § 932.2 abgeleitete Definition des guten Glaubens auf § 1007 übertragen, als hier ebensowohl derivativer wie originärer Erwerb des Besitzes in Betracht zu ziehen ist.

Aus dem eben Gesagten wird man daher den Schluss ziehen müssen, dass bezügl. des § 1007 der Erwerber bösgläubig ist, wenn er weiss oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht weiss, dass er ein Recht auf den Besitz bezw. zur Besitzergreifung nicht hat. So befindet sich der im bösen Glauben, der einseitig die Sache in Besitz nimmt, trotzdem er weiss oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht weiss, dass er zum Besitze nicht berechtigt ist; hierher gehört z. B. der Fall des Raubes und des Diebstahls, ferner wenn der Eigentümer die vermietete Sache dem Mieter gewaltsam oder heimlich wegnimmt. Sodann ist bösgläubig u. a. auch der, welcher sich Besitz derivativ übertragen lässt, obwohl er weiss oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht weiss, dass ihm ein Recht eines anderen entgegensteht. Nicht in gutem Glauben ist also nicht blos der Hehler, sondern auch der, welcher vom Nichteigentümer Niessbrauch- oder Pfandbesitz erwirbt und dabei weiss oder infolge grober Fahr-

1) Gemäss § 366 HGB. reicht eine derartige Überzeugung aus, wenn der Veräusserer Kaufmann ist, und die Veräusserung im Betriebe seines Handelsgewerbes geschieht.

lässigkeit nicht weiss, dass er dadurch die Rechte eines anderen verletzt. Bösgläubig ist ebenfalls derjenige, welcher sich Miets-, Pacht-, Leih- oder Verwahrungsbesitz einräumen lässt, trotzdem er weiss oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht weiss, dass er die Rechte eines Dritten stört. Die Bösgläubigkeit beweist der Kläger, indem er die Art des fremden Besitzerwerbes aufdeckt und den ihr anhaftenden Redlichkeitsmangel nachweist.[1]

Der § 1007 verlangt, dass der Erwerber b e i m Erwerbe nicht in gutem Glauben ist; es gilt also der Grundsatz: mala fides superveniens non nocet.

Stützt sich der Kläger auf § 1007[2], so muss er nachweisen, dass ihm die Sache gestohlen, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen ist. Er kann alsdann die Herausgabe auch von dem gutgläubigen Besitzer verlangen. Was heisst es aber: die Sache ist gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen.[2] Auf den ersten Blick erkennt man, dass von den drei Begriffen der letztere, das Abhandengekommensein, der allgemeinere ist, zu dem die beiden anderen nur speziellere Fälle darstellen. Suchen wir zunächst die Bedeutung der Begriffe „gestohlen worden und verloren gegangen" zu ermitteln. Der strafrechtliche Diebstahlsbegriff, an den man zuerst vielleicht denkt, reicht hier nicht aus; zweifellos wird man auch die Fälle des Raubes hinzunehmen müssen. Zu den verloren

1) Gierke, Fahrnisb. S. 51.

2) Geld und Inhaberpapiere sind hier ausgeschlossen; handelt es sich um derartige Sachen, so ist nur die Klage aus § 1007[1] zulässig.

gegangenen Sachen gehören nicht nur die, welche der gewöhnliche Sprachgebrauch darunter versteht, vielmehr auch solche, welche dem Inhaber infolge seiner Unachtsamkeit und Nachlässigkeit aus dem Gewahrsam gekommen sind.

Wie bereits oben gesagt, hat das Gesetz den zwei Spezialbegriffen noch einen umfassenderen Begriff hinzugefügt: den Begriff der „abhanden gekommenen" Sachen. Hierunter versteht das Gesetz jeden unfreiwilligen Besitzverlust. Handlung ist nicht nötig; dies ist auch die herrschende Meinung.[1] Nach Endemann (a. a. O. § 81, Anm. 14) ist der Begriff im weitesten Sinne zu verstehen; als unfreiwilligen Besitzverlust will er z. B. auch Verwechselung der Sachen durch den Transporteur, Wegschwemmen von Holz aufgefasst wissen.[2]

War der Eigentümer selbst nur mittelbarer Besitzer, und kommt die Sache dem unmittelbaren Besitzer abhanden, so gilt dies dem unfreiwilligen Besitzverlust des mittelbaren Besitzers gleich; hat jedoch der unmittelbare Besitzer die Sache unterschlagen, weggegeben, weggeworfen oder sonst durch eigenes Handeln dem mittelbaren Besitzer entzogen, so ist auch für diesen der Besitzverlust kein unfreiwilliger.[3] In dem Falle, dass ein Besitz-

1) Biermann a. a. O. Anm. 2 zu § 935; Cosack a. a. O. S. 88; Planck a. a. O. Anm. 2 zu § 935; Gierke, Fahrnisb., S. 59; Giese a. a. O. S. 62 f.; Müller a. a. O. S. 32.

2) Ebenso auch Scherer a. a. O. S. 125 unter No. 239.

3) Der entgegengesetzten Meinung ist Endemann a. a. O. S. 168 Anm. 7; übereinstimmend mit obiger Ansicht u. a. Gierke, Fahrnisb. S. 68, Peipers a. a. O. S. 81 f., Giese a. a. O. S. 68.

diener dem Besitzer den Besitz entzieht, indem er ihn sich selbst aneignet, einem Dritten überträgt oder einseitig aufgiebt, muss man unfreiwilligen Besitzverlust auf Seiten des Besitzherrn annehmen.[1]

Unfreiwilliger Besitzverlust kommt auch dann in Betracht, wenn der Besitzer, der den Besitz der Sache aufgegeben hat, keinen rechtlich wirksamen Willen hat,[2] wie z. B. ein Geisteskranker oder ein Kind unter sieben Jahren.

Ob unfreiwilliger Besitzverlust vorliegt, wenn ein in der Geschäftsfähigkeit Beschränkter ihn aufgiebt, ist zweifelhaft. Die Motive [3] kommen zu einem negativen Ergebnis, weil doch der in der Geschäftsfähigkeit Beschränkte willensfähig sei. Planck[4] ist anderer Meinung, denn „das Aufgeben des Besitzes ist zwar kein Rechtsgeschäft, aber doch eine Rechtshandlung, auf welche die Vorschriften über Rechtsgeschäfte entsprechend anzuwenden sind". Gemäss § 111 ist daher die ohne die erforderliche Einwilligung des gesetzlichen Vertreters erfolgte Aufgabe des Besitzes als unwirksam, als ohne den Willen des Besitzers erfolgt anzusehen.

Als unfreiwilligen Besitzverlust wird man ferner den Fall anzusehen haben, wenn jemand widerrechtlich durch Drohung oder durch arglistige Täuschung dazu bestimmt worden ist,[5] seinen Besitz aufzugeben.

1) Gierke, Fahrnisb., S. 25, Anm. 13.

2) Biermann a. a. O. Anm. 2 zu § 935; Planck a. a. O. Anm. 2 zu § 935.

3) Motive a. a. O. Band 3, S. 348.

4) Planck a. a. O. Anm. 2 zu § 935.

5) Planck a. a. O. Anm. 2 zu § 935.

Unstreitig ist dies nicht. Die Motive[1] nehmen z. B. auch hier einen unfreiwilligen Besitzverlust nicht an, ebensowenig Fischer-Henle[2] und Biermann.[3] Zu unserer Ansicht wird man aber gelangen müssen, wenn man die Vorschriften über Rechtsgeschäfte in entsprechender Weise heranzieht. Gemäss § 123 ist in vorliegendem Falle die Aufgabe des Besitzes anfechtbar, und wird sie angefochten, so ist zufolge § 142 die Wirkung die, dass die Aufgabe des Besitzes als eine vom Besitzer nicht gewollte anzusehen ist. Als Anfechtungsgegner kommt nach § 143 Absatz 4 jeder in Betracht, der auf Grund der Besitzaufgabe unmittelbar einen rechtlichen Vorteil erlangt hat, also auch der, welcher den Besitz infolge der angefochtenen Aufgabe des Besitzes erworben hat.

Klagebegründung aus § 861.

Auch bei der Klage aus § 861 muss der Kläger zunächst seinen früheren Besitz beweisen. Dass dieser frühere Besitz bis zur Besitzentziehung fortgedauert hat, wird man grundsätzlich fordern müssen;[4] jedoch wird nach dem Grundsatze: olim possessor, hodie possessor auch der Nachweis,[5] dass man an der Sache Besitz erlangt habe, unter Umständen genügen, vorausgesetzt natürlich, dass der

1) Motive a. a. O. Band 3, S. 348.
2) Fischer-Henle a. a. O. Anm. 1 zu § 935.
3) Biermann a. a. O. Anm. 2 zu § 935.
4) Gaertner a. a. O, S. 160, 161.
5) Biermann a. a. O, Anm. 2c zu § 861.

Beklagte nicht nachweist, dass der Besitz vor Anstrengung der Klage in der Person des Klägers wieder aufgehört hatte.

Sodann muss von Seiten des Beklagten dem Kläger der Besitz entzogen sein, der Beklagte muss also eine besitzentziehende Handlung vorgenommen haben. Wenn ein Besitzer seine Sache verliert, und ein anderer sie findet und sie an sich nimmt, so liegt eine Besitzentziehung nicht vor; denn schon dadurch, dass der Besitzer die Sache verliert, ist der Besitz entzogen und nicht erst durch die nachträgliche Aneignung. Als Handlung wird auch eine blosse Bedrohung ausreichen, wenn hierdurch dem Kläger der Besitz wirklich entzogen wird.[1]

Ein anderes Haupterfordernis zur Klagebegründung aus § 861 ist aber noch, dass der Besitz durch verbotene Eigenmacht entzogen ist. Was verbotene Eigenmacht ist, definiert das Gesetz selbst in § 858 Abs. 1: „Wer dem Besitzer ohne dessen Willen den Besitz entzieht oder ihn im Besitze stört, handelt, sofern nicht das Gesetz die Entziehung oder die Störung gestattet, widerrechlich (verbotene Eigenmacht)." „Besitzentziehung[2] liegt aber dann vor, wenn dem Besitzer die tatsächliche Gewalt über eine Sache vollständig und andauernd benommen wird: Dejektion aus dem Besitz." Erforderlich ist also zunächst, dass die Besitzentziehung ohne den Willen des Besitzers erfolgt, sodann, dass

1) Cosack a. a. O. § 190, III, 1b.
2) Staudinger a. a. O. Anm. II, 1 zu § 858.

das Gesetz die Entziehung nicht gestattet. Die Frage, ob Verschulden auf Seiten des Beklagten vorliegen muss, verneinen die Motive.[1] Nach ihnen wird nicht verlangt, dass das in § 858 Abs. 1 enthaltene Verbot in schuldhafter Weise übertreten ist, sondern nur, dass so gehandelt ist, wie bei Unterstellung der vollen Zurechnung der Handlung und der Abwesenheit eines jeden entschuldbaren Irrtums nicht hätte gehandelt werden sollen. In der Denkschrift (Seite 162) wird dazu gesagt: „Zum Begriff der verbotenen Eigenmacht gehört nicht, dass der Besitz vorsätzlich oder fahrlässig entzogen wird.“ Dies ist heute auch im allgemeinen anerkannt.[2] Die verbotene Eigenmacht kann im Gegenteil sogar optima fide verübt werden,[3] denn der Handelnde kann vielleicht sogar in der Meinung, eigenen Besitz auszuüben, die Eigenmacht begangen haben. Erwähnt sei noch, dass die begangene Eigenmacht eine verbotene gewesen sein muss;[4] der Eingreifende durfte zu seiner Handlung nicht einen besonderen Rechtstitel aufweisen können, wie z. B. elterliche Gewalt oder Amtsgewalt.

Andererseits liegt verbotene Eigenmacht nicht vor, wenn das Gesetz die Besitzentziehung ausdrücklich gestattet. So ist dieselbe z. B. zulässig in den Fällen der Notwehr und der erlaubten Selbst-

1) Motive a. a. O. Band III, S. 110.

2) Cosack a. a. O. § 190, III, 2; Endemann a. a. O. S. 169; Kniep a. a. O. S. 423; Planck a. a. O. Anm. 1b zu § 858; Fischer-Henle a. a. O. Anm. 6 zu § 858,

3) Strohal a. a. O. S. 49.

4) Cosack a. a. O. § 190, III, 3.

hülfe (§§ 227 ff. des Bürgerlichen Gesetzbuches), ferner in den Fällen der §§ 561, 859, Absatz 2. u. 3, 904, 910 und 962 und schliesslich „in zahlreichen Fällen[1] des durch die vorbehaltenen Landesgesetze geregelten Jagd-, Wasser-, Deich-, Bergrechts und dgl.“. Nicht dagegen gehört hierher der Fall des § 1373, demzufolge der Mann berechtigt ist, die zum eingebrachten Gute gehörenden Sachen wegzunehmen, und der Fall des § 2205, nach welchem der Testamentsvollstrecker berechtigt ist, die Sachen in Besitz zu nehmen. Ganz treffend bemerkt hierzu Krahé[2] in seiner Abhandlung über den Besitzschutz: „U. E. liegt doch kein Grund vor, nach diesen Paragraphen den Ehemann bezw. Testamentsvollstrecker zur Eigenmacht befugt zu erachten; sie sollen vielmehr, wie jeder zum Besitz Berechtigte, ihr jus possidendi durch eine Klage geltend machen. Setzen sie sich also eigenmächtig in den Besitz, so ist die Eigenmacht eine verbotene.“ Strohal[3] ist anderer Ansicht; er rechnet diese beiden letztgenannten Fälle zu denen der gesetzlich erlaubten Eigenmacht.

Ausser der verbotenen Eigenmacht muss der Kläger beweisen, dass der Beklagte gerade ihm gegenüber fehlerhaft besitzt. Ausser demjenigen, welcher unmittelbar durch die verbotene Eigenmacht den Besitz erworben hat, besitzt auch der Nachfolger im Besitze fehlerhaft, wenn er Erbe des fehlerhaften Besitzers ist. Ebenso ist der Besitz desjenigen

1) Strohal a. a. O. S. 50.
2) Krahé a. a. O. S. 20 f.
3) Strohal a. a. O. S. 49 f.

fehlerhaft, der bei dem Besitzerwerb wusste, dass der Besitz seines Vorgängers fehlerhaft war. Ein späteres Erkennen, sowie ein grobfahrlässiges Nichtkennen macht den Besitz nicht fehlerhaft. Wie Gaertner[1] sagt, „liegt der tiefere Grund hierfür darin, dass es hart ist, eine Besitzklage zu erdulden, bei der Einwendungen aus dem Rechte verboten sind, und weil man nicht jeden Besitzer so streng behandeln darf". Die Fehlerhaftigkeit ist eine nur relative Eigenschaft des Besitzes,[2] denn der Beklagte muss dem Kläger gegenüber fehlerhaft besitzen, während Dritten gegenüber der fehlerhaft Besitzende vollberechtigten Besitz hat.

Es ist eben gesagt worden, dass derjenige, der als Erbe eines fehlerhaften Besitzers den Besitz erhält, ebenfalls fehlerhaft besitzt; er steht also dem, der durch verbotene Eigenmacht den Besitz erlangt hat, vollständig gleich. Die Motive bestätigen dies; es heisst daselbst S. 123: „Die Gleichsetzung der Inhabung des Erben mit der Inhabung des Eigenmächtigen, welche sich nicht von selbst versteht, da die Inhabung des Erben eine neue Inhabung ist, wird dadurch gerechtfertigt, dass zwischen dem Erben des Eigenmächtigen und dem Verdrängten in Ansehung der Verfolgung der Rechte zum Haben der Sache die Rechtsposition ganz die gleiche bleibt, wie solche zwischen dem Erblasser und dem Verdrängten bestand." Auf einem anderen Standpunkte

1) Gaertner a. a. O. S. 183 Anm. 1.

2) Biermann a. a. O. Anm. 2 zu § 858; Neumann a. a. O. Anm. II, 1 zu § 858.

steht Reatz;[1] nach seiner Meinung hätte man das Erfordernis der Eigenmacht aufgeben und an seine Stelle das der objektiven Störung des Besitzes setzen sollen.

Was den Sondernachfolger angeht, der die Fehlerhaftigkeit des Besitzes seines Vorgängers beim Besitzerwerb kannte, so ist nicht blos der unmittelbare, sondern auch der mittelbare Nachfolger des Dejicienten passiv legitimiert.[2] Betreff des letzteren wird jedoch verlangt, dass auch der unmittelbare Vorgänger fehlerhaft besessen hat. Ob der Sondernachfolger[3] entgeltlich oder unentgeltlich den Besitz erwarb, ist gleichgültig.

Erwähnt sei sodann, dass zwischen einem „fehlerhaften" und dem „bösgläubigen" Besitzer ein Unterschied gemacht werden muss. Cosack[4] schreibt dazu: „1. Der fehlerhafte Besitzer braucht nicht bösgläubig zu sein, sondern kann sich z. B. in entschuldbarem Irrtum ein Notwehrrecht zugeschrieben haben. 2. Die Fehlerhaftigkeit des Besitzes wirkt nur ein Jahr und nur relativ, die Bösgläubigkeit wirkt für immer und gegen jedermann."

Wir haben jetzt noch eine Frage zu erledigen, ob nämlich auch der unmittelbare Besitzer dem mittelbaren gegenüber verbotene Eigenmacht begehen und daraufhin letzterem gegen den bisherigen unmittelbaren Besitzer die Klage aus § 861 zu-

1) Reatz a. a. O. S. 813.

2) Strohal a. a. O. S. 123 ff.; Biermann a. a. O. Anm. 2 zu § 858; Gaertner a. a. O. S. 183.

3) Gaertrer a. a. O. S. 183.

4) Cosack a. a. O. S. 91.

gestanden werden kann. Diese Frage ist sehr bestritten. Der mittelbare Besitzer geniesst, wie bereits früher erwähnt ist, Besitzschutz, aber man wird ihm auch gestatten müssen, gegenüber dem unmittelbaren Besitzer diese Schutzmittel anwenden zu können.[1] Voraussetzung ist aber stets, dass auf Seiten des unmittelbaren Besitzers verbotene Eigenmacht vorhanden ist. Demnach „erstens eine Handlung, zu welcher dieser andere weder als Besitzer noch als Niessbraucher, Pächter, Mieter usw. berechtigt ist. Zweitens eine durch diese Handlung bewirkte Verletzung, Störung, oder Entziehung des mittelbaren Besitzes“[2]. Als Beispiele der Entziehung erwähnt Bekker in seiner Abhandlung über den Besitz beweglicher Sachen: Zerstörung, partielles Aufzehren, Übertragung auf Dritte, Durchgehen mit der Sache. Cosack[3] ist anderer Meinung. Nach seiner Ansicht kann verbotene Eigenmacht von einem unmittelbaren Besitzer gegen den mittelbaren Besitzer nicht begangen werden; denn der § 869 wolle „offenbar den Rechtsschutz des mittelbaren Besitzers gegen verbotene Eigenmacht erschöpfend bestimmen.“ In § 868 sei aber von einem Anspruch des mittelbaren Besitzers gegen den unmittelbaren Besitzer nicht die Rede und deshalb müsse durch das Schweigen der Anspruch gegen den unmittelbaren Besitzer für unzulässig erklärt werden.

---

1) Bekker, Besitz bewegl. Sachen, a. a. O. S. 68 f.
2) Gaertner a. a, O. S. 168.
3) Cosack a. a. O. § 190. III, 2c.

Possessorische Eigenmacht liegt endlich auch dann vor, wenn der mittelbare Besitzer dem unmittelbaren Besitzer den Besitz ohne dessen Willen entzieht, sowie dann, wenn der Besitz erlangt wird auf Grund einer nicht wirksamen Übertragung seitens des Besitzers, z. B. eines noch nicht siebenjährigen Kindes oder eines Wahnsinnigen.

Ergebnis.

I. Was das Verhältnis der beiden Klagen angeht, so ist eine Konkurrenz derselben nur möglich, sofern die Beendigung des Besitzes in der Person des Klägers infolge einer Handlung eines Dritten eingetreten ist. Denn nur dann kann von verbotener Eigenmacht die Rede sein. Sobald eine Nichthandlung in Frage steht, wie in den Fällen des Verlierens, ist allein die Klage aus § 1007 gegeben.

II. Ist seit der besitzentziehenden Handlung mehr wie ein Jahr verstrichen, so scheidet die Klage aus § 861 aus, da der darnach begründete Anspruch in einem Jahre erlischt; es bleibt übrig nur noch diejenige aus § 1007 und zwar 30 Jahre lang.

III. Im übrigen lässt sich unterscheiden wie folgt:

1. Dem Besitzer ist der Besitz durch eine einseitige Besitzentziehungshandlung nach Art des Diebstahls entzogen. Alsdann sind beide Klagen nebeneinander zuständig, da sowohl böser Glaube (§ 1007 [1]) und Abhandengekommensein (§ 1007 [2]) wie verbotene Eigenmacht vorhanden sind. Sie gehen zunächst gegen denjenigen, der die Besitz-

entziehungshandlung vorgenommen hat, sodann aber auch gegen dessen Besitznachfolger, sofern diese von der Entziehungshandlung Kenntnis hatten, denn diesesfalls besitzen auch sie dem Kläger gegenüber fehlerhaft und gleichzeitig sind sie mit Rücksicht auf die beim Erwerbe vorhandene Kenntnis, dass sie auf den Besitz kein Recht hatten, im bösen Glauben. Gleicherweise ergibt sich aus dem Gesichtspunkte des abhanden gekommenen Besitzes die Anwendung des wegen der Beweiserleichterung bequemeren Absatzes 2 des § 1007.

Kannten die Nachfolger die Besitzentziehung ohne den Willen des Besitzers aber nicht, so fällt, von der Erbfolge abgesehen, § 861 aus, und es bleibt nur die Klage aus § 1007 Absatz 2 bezw. Absatz 1, wenn ihnen grobe Fahrlässigkeit zur Last fiel.

Übrigens scheidet § 861 auch unter der Voraussetzung aus, dass auch nur einer der Nachmänner die verbotene Eigenmacht nicht kannte, mag auch der fernere Nachmann davon wissen: die Kette der fehlerhaften Besitzer ist durch die Nichtkenntnis des einen unterbrochen; auf die Kenntnis der späteren kommt nichts mehr an. Sie besitzen dem Kläger gegenüber nicht fehlerhaft; dagegen bleibt auch ihnen gegenüber die Klage aus § 1007 Absatz 2 bezw. Absatz 1.

Ebenso wird die Kette unterbrochen, sobald ein originärer Erwerb eingreift. Gegen den Dieb des Diebes kann der Erstbestohlene aus § 861 nicht klagen, sollte der zweite Dieb selbst den ersten

Diebstahl kennen. Er ist nicht Nachfolger im Sinne des § 858. Dagegen kompetiert auch gegen ihn die Klage aus § 1007 Absatz 2 bezw. Absatz 1.

Die Sachlage bleibt dieselbe, wenn die Besitzentziehungshandlung nicht gegenüber dem Kläger, sondern gegenüber dessen Besitzmittler, dem unmittelbaren Besitzer vorgenommen wird. Man kann daher kurz sagen, dass, wenn dem unmittelbaren Besitzer die Sache ohne seinen Willen entzogen wird, es so anzusehen ist, als sei die Entziehung dem mittelbaren Besitzer gegenüber erfolgt. Es kann somit klagen aus § 861 sowohl wie aus § 1007 der unmittelbare Besitzer wie der mittelbare Besitzer. Es gilt auch mit Bezug auf letzteren alles oben Gesagte, insbesondere, dass § 861 ausfällt, sobald die Kette der fehlerhaften Besitzer durch einen die Eigenmacht Nichtkennenden unterbrochen wird, mag die Kenntnis bei einem demnächstigen Nachfolger auch vorhanden sein. Des Weiteren gilt auch gegenüber dem mittelbaren Besitzer die Kette als unterbrochen, sobald originärer Erwerb eingreift, sodass auch ihm, dem mittelbaren Besitzer, § 861 nicht zu statten kommt, wohl aber jedesmal die Klage aus § 1007 Absatz 2 bezw. Absatz 1.

Bei einem Überblick über die eben erörterten Fälle ersieht man, dass bei diesen die Klage aus § 1007 ein weit umfangreicheres Anwendungsgebiet hat, wie diejenige aus § 861. Soll der Beklagte aus diesem Paragraphen passiv legitimiert sein, so muss er gleichsam die ganze Geschichte der Sache, um deren Besitz es sich handelt, kennen, und zwar bis zum

Augenblick der Besitzentziehung zurück, oder anders gesagt, ihm muss diese selbst bekannt sein, sei es, dass e r der Täter ist, oder dass er wie jeder seiner Vormänner weiss, dass der eine die Eigenmacht verübt hat. (Eine selbstverständliche Ausnahme macht der Erbe.) Eine Gefahr, dass diese Kenntnis ermangelt, wächst um so mehr, je grösser die Zahl der nach der Besitzentziehung folgenden Besitzer wird, und von selbst erhöht sich damit die Gefahr des Verlustes der Klage. Im Gegensatz dazu wird im § 1007 die Sachlage beherrscht von der Tatsache des abhanden gekommenen Besitzes. Es mögen noch soviele Besitzer auf einander folgen, sie mögen die Geschichte der Sache, die dem Kläger einst widerfahrene Entziehung kennen oder nicht, sie mögen gut- oder bösgläubig sein, sie werden in dem Rechtsstreit der unterliegende Teil sein auf Grund der Tatsache, dass dem Kläger in der Vergangenheit der Besitz abhanden gekommen ist. Aber auch der im Absatz 1 verlangte böse Glaube bezieht sich keineswegs auf die Kenntnis bezw. grobfahrlässige Nichtkenntnis der hier fraglichen einstigen Besitzentziehung, eine ununterbrochene Kette von diese kennenden Besitzern ist nicht erforderlich, es genügt, wenn dem jetzigen Besitzer auf irgend eine Weise bekannt oder grobfahrlässig nicht bekannt ist, dass er auf den Besitz kein Recht hat. Ob dies mit der Entziehung des Besitzes des Klägers zusammenhängt, ist gleich. So wäre passiv legitimiert aus Ab. 1 der Dieb, welcher von dem gegen den Kläger früher verübten Diebstahl nicht das Geringste weiss.

2. Der unmittelbare Besitzer entzieht dem mittelbaren Besitzer durch eine Handlung den mittelbaren Besitz, er geht z. B. mit der Sache durch. Alsdann sind, da darin verbotene Eigenmacht zu erblicken ist, die Voraussetzungen des § 861 gegeben, ebenso die des § 1007 Absatz 1, weil dem unmittelbaren Besitzer in dem Augenblick, wo er den mittelbaren Besitz abschüttelt und sich zum Eigenbesitzer macht, d. h. im Momente des Erwerbes dieses Eigenbesitzes, regelmässig böser Glaube zur Last fallen wird. Nicht aber liegt der Tatbestand des Absatzes 2 vor. Denn für den mittelbaren Besitzer kann aus der Handlungsweise des unmittelbaren Besitzers unfreiwilliger Besitzverlust nicht konstruiert werden.

3. Der Besitzmittler (unmittelbarer Besitzer) behält die Sache nicht für sich, sondern veruntreut sie in der Weise, dass er den Besitz auf einen anderen überträgt. Damit verübt er verbotene Eigenmacht gegenüber dem mittelbaren Besitzer, andererseits ist die Sache diesem aber nicht im Sinne des Absatz 2 aus § 1007 abhanden gekommen.

Kennt nun der vom Besitzmittler Erwerbende bei dem Erwerb die Veruntreuung nicht, so besitzt er auch nicht fehlerhaft gegenüber dem aus dem mittelbaren Besitz verdrängten, auch war er nicht bösgläubig, sodass weder die Klage aus § 1007 Absatz 1 noch aus § 861 zuständig ist. Durch die Nichtkenntnis des ersten Erwerbers ist jeder Nachmann gedeckt. Auch er ist passiv legitimiert weder aus § 861 noch aus § 1007, mag ihm auch die Veruntreuung beim Erwerbe bekannt sein. Denn hatte

z. B. der Leiher die Sache an den gutgläubigen A übereignet, so wird A Eigentümer, und überträgt dieser den Besitz weiter an den B, so wird auch dieser rechtmässiger Besitzer, selbst wenn er weiss, dass die Sache von dem Leiher zu Unrecht veräussert war, er ist im Sinne des Absatzes 1 des § 1007 im guten Glauben, da für ihn nur massgebend zu sein braucht, dass A Eigentümer geworden war, folglich auch berechtigt war, auf ihn Besitz zu übertragen.

Ist dem ersten Erwerber die Veruntreuung infolge grober Fahrlässigkeit entgangen, so trifft § 1007 Abs. 1 zu, nicht aber § 861. Letzterer kommt auch keinem Nachmann gegenüber in Frage, da die Kette der fehlerhaften Besitzer durch die Nichtkenntnis des ersten Erwerbers unterbrochen ist. Wohl aber geht gegen den Nachmann die Klage aus § 1007 Abs. 1, sofern er ebenfalls beim Erwerbe bösgläubig gewesen ist.

Kannte andererseits der erste Erwerber die Veruntreuung, so sind gegen ihn § 1007 Absatz 1 und § 861 gegeben, ebenso gegen den weiteren Nachfolger, der die gleiche Kenntnis hatte. Ist diesem der Sachverhalt infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben, so liegt der Tatbestand aus § 1007 Absatz 1 vor, nicht aber der des § 861. Kannte er die Veruntreuung nicht, so kompetieren weder der § 1007 noch § 861, mit Ausnahme des eben erwähnten Falles der groben Fahrlässigkeit.

Auch in den hier gedachten Fällen kommt der

Klage aus § 1007 ein grösseres Anwendungsgebiet zu, wie derjenigen aus § 861.

4. Der mittelbare Besitzer (z. B. der Pfandschuldner) entzieht dem unmittelbaren Besitzer (z. B. dem Pfandgläubiger) ohne dessen Willen durch eine Handlung den unmittelbaren Besitz. Darin liegt possessorische Eigenmacht gegenüber dem unmittelbaren Besitzer. Dieser hat daher die Klage aus § 861. Ferner ist der mittelbare Besitzer regelmässig als bösgläubig und demgemäss als passiv legitimiert aus § 1007 Abs. 1 und fernerhin auch aus Absatz 2 anzusehen, da mit Bezug auf letzteren der Besitz dem unmittelbaren Besitzer abhanden gekommen ist.

5. Der Besitzdiener entzieht dem Besitzer durch eine Handlung den Besitz. Das ist diesem gegenüber verbotene Eigenmacht. Es steht ihm daher die Klage aus § 861 zu, ebenso aber auch die Klage aus § 1007 Absatz 1 und 2, da unfreiwilliger Besitzverlust in Frage steht.

6. Verschafft der Besitzdiener den Besitz einem Anderen, so liegt darin für den unmittelbaren Besitzer ein Abhandengekommensein gemäss § 1007 Abs. 2, bei bösem Glauben des Erwerbers auch der Tatbestand aus Absatz 1. Bezüglish des § 861 ist zu unterscheiden, ob der Besitzdiener im eigenen oder fremden Namen auftritt.[1] Ersteren Falls ist er der eigenmächtig Entziehende; gegen den Erwerber gilt § 861 also nur, falls er den fehlerhaften Besitz in der Person des ehemaligen Besitzdieners kannte.

1) Cosack a. a. O. S. 81.

Letzteren Falls ist der eigenmächtig Handelnde der Erwerber, er kann daher aus § 861 in Anspruch genommen werden, mag er die Veruntreuung des Auktors gekannt haben oder nicht. Gegen jeden ferneren Nachmann steht ohne Rücksicht auf guten Glauben jedenfalls § 1007 Abs. 2 zu, § 861 hingegen nur, sofern ihm der fehlerhafte Besitz des Vorgängers bekannt war.

7. Der Besitzherr nimmt dem Besitzdiener die Sache weg. Das ist keine possessorische Eigenmacht. Eine Klage hat der Besitzdiener aus § 861 nicht, ebensowenig aus § 1007, da hier aktiv legitimiert ist nur der frühere Besitzer, nicht aber der Besitzdiener.

8. Ein Geschäftsunfähiger überträgt den Besitz auf einen anderen. Alsdann ist verbotene Eigenmacht und damit gegen den Erwerber die Klage aus § 861 gegeben. In gleicher Weise muss man darin unfreiwilligen Besitzverlust gemäss § 1007 Absatz 2 erblicken. Evtl. kann auch böser Glaube aus Absatz 1 in Betracht kommen.

Dasselbe gilt für die ohne die erforderliche Zustimmung des gesetzlichen Vertreters erfolgende Besitzaufgabe seitens eines beschränkt Geschäftsfähigen. Denn wie wir oben gesehen haben, ist eine solche Besitzaufgabe als ohne den Willen des Besitzers erfolgt anzusehen, und demgemäss kommt sowohl verbotene Eigenmacht seitens des Erwerbers zufolge § 861, wie auch unfreiwilliger Besitzverlust des beschränkt Geschäftsfähigen gemäss § 1007 Absatz 2 in Betracht. Ebenso wie im vorhergehenden Falle

kann auch hier unter Umständen böser Glaube in Frage kommen.

9. Wird der Besitzer durch Drohung oder arglistige Täuschung aus dem Besitz gebracht, so liegt ebenfalls unfreiwillige Besitzaufgabe und der Tatbestand sowohl aus § 1007 wie aus § 861 vor.

Zu 1 bis 9 ergiebt sich, dass in zahlreichen Fällen beide Klagen nebeneinander gebraucht werden können; jedoch ist nicht zu verkennen, dass es namentlich zu 1 sehr viele Fälle giebt, wo nur die eine, nicht aber die andere zuständig ist.

Verteidigung aus § 1007.

Der § 1007 gewährt dem Beklagten eine Reihe von Verteidigungsmitteln Dieselben zerfallen in solche, die dem Beklagten in jedem Falle zukommen, und in solche, welche nur der gutgläubige Besitzer gegen die auf unfreiwilligen Besitzverlust gestützte Klage geltend machen kann.

Zu den ersteren gehört zunächst die Einwendung des Beklagten, dass er ein besseres Recht zum Besitze habe, d. h. ein so starkes Recht, das ihm unter Umständen selbst dem vindicierenden Eigentümer gegenüber den ferneren Besitz der Sache gewährleistet. Nach § 986, auf den am Schlusse des § 1007 Abs. 3 verwiesen wird, kann der Beklagte die Herausgabe der Sache verweigern, wenn er oder der mittelbare Besitzer, von dem er sein Recht zum Besitz ableitet, dem Eigentümer gegenüber zum Besitz berechtigt ist Ob dieses Besitzrecht dinglicher oder persönlicher Natur ist, ist gleich. Selbst im Falle des bösgläubigen Besitzerwerbes des Beklagten kann dieser die Herausgabe verweigern, wenn er z. B. dartut, „dass der frühere Besitz des Klägers auf einem vom Erblasser desselben erwor-

benen und somit erloschenen Niessbrauch oder auf einem erledigten Miets- oder Pachtrechte beruht hat", und folglich das Eigentum des Beklagten wieder frei und besseres Recht geworden ist.[1]

Wenn aber der Beklagte sein Recht zum Besitz von einem mittelbaren Besitzer ableitet, der dem Eigentümer gegenüber zur Überlassung des Besitzes an den Beklagten nicht befugt war, so muss er die Sache an den mittelbaren Besitzer oder, wenn dieser den Besitz nicht übernehmen kann noch will, an den früheren Besitzer herausgeben.

Auch kann der Beklagte nach Analogie der für den Eigentumsanspruch geltenden Regeln[2] ein Zurückbehaltungsrecht wegen Verwendungen gemäss § 1000 f. geltend machen; bis die Verwendungen erstattet sind, kann der Beklagte die Herausgabe verweigern. Nach § 1007 Absatz 3 dürfen auch die Vorschriften der §§ 987 bis 999 die Nebenansprüche des Klägers und die Gegenansprüche des Beklagten betreffend, angewandt werden.

Weiterhin kann der Beklagte gegenüber den Ansprüchen des Klägers stets einwenden, dass der frühere Besitzer bei dem Erwerbe des Besitzes nicht in gutem Glauben war. In welchen Fällen böser Glaube vorhanden ist, ist bereits oben eingehender erörtert worden. Gelingt dem Beklagten der Nachweis, dass Kläger beim Erwerbe[3] des Besitzes nicht

---

1) Gierke a. a. O. S. 57; Feustel a. a. O. S. 20 f.

2) Cosack a. a. O. § 191, VIII.

3) Der Grundsatz: mala fides superveniens non nocet, hat auch hier Geltung.

in gutem Glauben war, so ist der Anspruch aus früherem Besitz ohne weiteres ausgeschlossen, denn ein Recht auf den Besitz kann niemals bösgläubig erworben werden. Auch für den Fall, dass der Kläger nachträglich ein solches Recht erworben haben könnte, bleibt ihm die Klage aus § 1007 verschlossen; denn „die mala fides erzeugt", wie Peipers[1] ausführt, „geradezu eine Vermutung für das Nichtbestehen eines Rechts, eine Vermutung, deren Widerlegung für den Kläger im Besitzrechtsstreit zwar möglich, aber ohne jeden Erfolg ist". Sogar, wenn der Beklagte bösgläubig seinen Besitz erlangt hat, ist dem Kläger die Klage aus § 1007 versagt, da dieselbe nur bei dem Nachweis eines besseren und stärkeren Rechtes zum Besitz von Erfolg ist. In einem derartigen Falle ist ausschlaggebend lediglich die gegenwärtige Besitzlage; in pari turpitudine melior est condicio possidentis!

Sodann kann der Beklagte stets einwenden, dass der Kläger seinen Besitz freiwillig aufgegeben habe. Wann aber giebt jemand im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches seinen Besitz auf? Der § 856 Abs. 1 lautet: „Der Besitz wird dadurch beendigt, dass der Besitzer die tatsächliche Gewalt über die Sache aufgiebt oder in anderer Weise verliert."[2] Der Verlust ist also entweder ein freiwilliger oder ein unfreiwilliger. Die Fälle des letzteren bei beweglichen Sachen umfasst der Ausdruck „abhanden kommen"; hiervon ist bereits oben eingehender

1) vgl. Peipers a. a. O. S. 89.
2) cf. Fischer-Henle a. a. O. Anm. 3 u. 4 zu § 856.

gehandelt worden. Die Fälle des freiwilligen Besitzverlustes werden dagegen durch das Wort „aufgeben“ umfasst. Letzteres kann geschehen teils durch Dereliktion, teils durch Besitzübertragung auf eine dritte Person. Erforderlich ist dabei in jedem Falle der Wille, den Besitz aufzugeben. Wenn daher eine Sache von einem Kinde unter sieben Jahren oder von einem Geisteskranken oder von einem beschränkt Geschäftsfähigen ohne Genehmigung des gesetzlichen Vertreters aufgegeben worden ist, liegt ein freiwilliger Besitzverlust nicht vor, da die erforderliche Willensfähigkeit fehlt; hier muss man vielmehr ebenso wie in dem Falle,[1] wenn ein Besitzer unbefugterweise die Sache derelinquiert oder weggegeben hat, unfreiwilligen Besitzverlust annehmen.

Der gutgläubige Beklagte hat, wenn die Klage auf unfreiwilligen Besitzverlust begründet ist, noch zwei weitere Einwendungen. Zunächst kann er geltend machen, dass er Eigentümer der Sache sei. Erfolgreich steht diese Einwendung, wie der Wortlaut des § 1007 Absatz 2 sagt, nur dem gutgläubigen Beklagten zu. Dass der Beklagte Eigentümer sei, muss er beweisen. Im Gegensatz zum bösgläubigen Beklagten, der ausser dem Eigentum noch sein besseres Recht zum Besitze beweisen musste, genügt hier der blosse Nachweis des Eigentums, wobei er sich allerdings nicht auf die Vermutung des § 1006 stützen darf, da diese ja gerade durch den Angriff des Klägers hinfällig geworden

1) Gierke, Fahrnisb., S. 60.

ist.[1] Ob der Beklagte das Eigentum schon vor dem unfreiwilligen Besitzverlust des Klägers erworben hat oder erst nachher, macht keinen Unterschied. Das letztere beweist er durch den Nachweis, dass er die Sache in öffentlicher Versteigerung erworben (§ 935, Absatz 2) oder, dass er das Eigentum ersessen habe (§ 937).

Nicht aber wird der Kläger mit seiner Klage abgewiesen werden, wenn es ihm gelingt, im Wege der Replik ein besseres Recht zum Bezitz darzutun.[2] Denn es wäre weder recht noch billig, wenn z. B. der Eigentümer die Herausgabe einer von ihm selbst dem Kläger vermieteten Sache verweigern könnte, wenn dieser die Sache verloren und er sie gefunden hat.[3] „Man wird annehmen müssen, dass der Kläger gegen die Einrede des Eigentümers die Replik des besseren Besitzrechtes in demselben Umfange hat, in dem er sie nach § 986 als Einrede gegen die Eigentumsklage des Beklagten hätte. Der Unterschied zwischen dem bösgläubigen und dem gutgläubigen Besitzer besteht nur darin, dass jener das ihm gegen den Kläger zustehende bessere Besitzrecht stets behaupten und beweisen, dieser, sobald er Eigentümer ist, Behauptung und

1) Übereinstimmend mit der hier vertretenen Ansicht u. a. Gierke, Fahrnisb., S. 57, Anm. 31; Staudinger a. a. O. Anm. IV, B. 1 zu § 1007; Müller a. a. O. S. 42. Gegenteiliger Meinung ist z. B. Fischer-Henle a. a. O. Anm. 6 zu § 1007, der ohne nähere Ausführung den § 1006 für den Beweis für zulässig erachtet.

2) Feustel a. a. O. S. 25; Gierke, Fahrnisb. S. 62; Biermann a. a. O. Anm. 3c zu § 1007; Endemann a. a. O. § 46, 4a.

3) Gierke, Fahrnisb. S. 62.

Beweis eines besseren Besitzrechtes auf Seiten des Klägers abwarten darf." Dies ist auch die herrschende Ansicht geworden.

Im Gegensatz hierzu meint Planck,[1] dass das Eigentum des Beklagten den Anspruch des Klägers vollständig ausschliesse. Nach seiner Ansicht ist es dem Kläger freigestellt, durch Ändernng des Klagegrundes die Abweisung zu verhindern. Gemäss § 264 der Civilprozessordnung wird dieselbe auch, ohne dass der Beklagte auch einwilligt, zuzulassen sein, da er durch Änderung die Verteidigung des Beklagten nicht wesentlich erschweren werde. Im Resultat kommt damit Planck der herrschenden Ansicht gleich.

Sodann kann der Beklagte noch einwenden, dass ihm die Sache vor der Besitzzeit des früheren Besitzers abhanden gekommen sei. Ebenso wie die vorige Einwendung steht auch diese nur dem gutgläubigen Beklagten zu, wie sich aus dem Wortlaut des § 1007 Abs. 2 ergibt Der bösgläubige Besitzer kann also diese Einwendung nicht geltend machen.

Der Kläger kann indes gegen die Einwendung des Beklagten die Replik anführen, der Beklagte sei bei dem Erwerbe seines früheren Besitzes nicht in gutem Glauben gewesen.[2] — Im Gegensatz dazu versagt Gierke[3] dem Kläger die Replik des besseren Besitzrechts gegen die Einwendung des früheren unfreiwilligen Besitzverlustes.

1) Planck a. a. O. Anm. 3 b β αα zu § 1007.

2) Biermann a. a. O. Anm. 3 zu § 1007; Planck a. a. O. Anm. 3 b β zu § 1007.

3) Gierke, Fahrnisb. S. 63.

Verteidigung aus § 861.

Gegen die Klage aus § 861 hat der Beklagte hauptsächlich die Einwendung des fehlerhaften Besitzes, die exceptio vitiosae possessionis. Der § 861 sagt nämlich im Absatz 2: „Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der entzogene Besitz dem gegenwärtigen Besitzer oder dessen Rechtsvorgänger gegenüber fehlerhaft war." Der Beklagte kann die Einwendung in verschiedener Weise dartun.[1] Entweder er behauptet und beweist, dass der Kläger selbst dem Beklagten den Besitz entzogen habe und daher fehlerhaft besitze; oder er behauptet und beweist, dass seinem, des Beklagten, Rechtsvorgänger der Besitz vom Kläger entzogen sei. Da nach § 858 Absatz 2 die Fehlerhaftigkeit der Nachfolger im Besitze gegen sich gelten lassen muss, wenn er Erbe des Besitzers ist oder die Fehlerhaftigkeit des Besitzes seines Vorgängers bei dem Erwerbe kannte, kann der Beklagte auch dann die Einwendung des fehlerhaften Besitzes geltend machen, wenn von dem Erblasser des Klägers dem Beklagten oder einem Rechtsvorgänger des Beklagten der Besitz entzogen ist. Ebenso steht dem Beklagten auch die Einwendung des fehlerhaften Besitzes zu, wenn ihm oder seinem Rechtsvorgänger der Besitz von einem sonstigen Vorgänger des bei dem Erwerbe des Besitzes die Fehlerhaftigkeit kennenden Klägers entzogen worden ist. Diese Einwendung ist jedoch einer zeitlichen Beschränkung unterworfen gemäss

1) Biermann a. a. O. Anm. 3 zu § 861.

dem Schlusssatz des Absatzes 2 des § 861: „und in dem letzten Jahre vor der Entziehung erlangt worden ist". Wann fängt aber diese einjährige Ausschlussfrist zu laufen an? Wenn man sich streng an den Wortlaut des Gesetzes hielte, müsste man als den Anfangspunkt des Jahres den Augenblick festhalten, in dem die Sache vor der zweiten Besitzentziehung erlangt worden ist. Dies könnte indess manchmal zu Zweifeln Anlass geben, z. B. besonders in folgendem von Strohal[1] angeführten Beispiel: der Besitz einer Sache, die B dem A am 10. Mai 1900 eigenmächtig abgenommen hat, ist am 10. Oktober 1900 auf E, den Erben des B, übergegangen; am 10. Juli 1901 hat sich A der Sache wiederbemächtigt. Nach dem Wortlaut des Gesetzes wäre der Anspruch des E gegen den A auf Wiedereinräumung ausgeschlossen; denn E hatte den ihm von A entzogenen und diesem gegenüber fehlerhaft gewesenen Besitz erst am 10. Oktober 1900, also im letzten Jahre vor der am 10. Juli 1901 erfolgten Entziehung erlangt. Dieses Resultat wäre aber ein sachlich verkehrtes und offenbar der Absicht des Gesetzgebers zuwider. Strohal[2] bemerkt dazu richtig: „In dieser Beziehung scheint im § 861 Absatz 2 ein Fehler begangen worden zu sein, welcher aber doch wohl als blosser Stylisierungsfehler behandelt und deshalb verbessert werden darf." Die Jahresfrist läuft vielmehr vom Zeitpunkt der ersten Entziehung an. Die erste Entziehung muss im letzten Jahre vor der

1) Strohal a. a. O. S. 132.
2) Strohal a. a. O. S. 132.

zweiten Entziehung geschehen sein, d. h. innerhalb der einjährigen Frist, in der hinsichtlich der Bestimmung des § 864 Abs. 1 derjenige, dem zuerst der Besitz entzogen worden ist, den Anspruch auf Wiedereinräumung im Wege der Klage hätte geltend machen können.

Des Weiteren hat der Beklagte die Einwendungen der gesetzlichen Ausschlussfrist in Gemässheit des § 864 Absatz 1. Als Präklusivfrist unterliegt sie nicht den gesetzlichen Vorschriften [1] über Hemmung und Unterbrechung der Verjährung, ebensowenig den Bestimmungen der §§ 203, 206 und 207 des Bürgerlichen Gesetzbuches, die bei einzelnen Ausschlussfristen Platz greifen. Die Frist selbst erlischt nach Ablauf eines Jahres nach Verübung der verbotenen Eigenmacht, und zwar „ohne Rücksicht darauf, ob der Besitzer von der gegen ihn verübten Eigenmacht Kenntnis erlangt hat.“ [2] Ist die Frist abgelaufen, so muss dies, auch wenn der Beklagte sie nicht geltend macht, vom Richter berücksichtigt werden, wenn sie sich aus den Angaben des Klägers von selbst ergibt.[3]

Nach § 864 Absatz 2 tritt auch dann ein Erlöschen der Besitzansprüche ein, wenn nach Verübung der verbotenen Eigenmacht durch rechtskräftiges Urteil festgestellt wird, „dass dem Täter ein Recht an der Sache zusteht, vermöge dessen er

1) Strohal a. a. O. S. 118; Fischer u. Henle a. a. O. Anm. 1 zu § 864.

2) Strohal a. a. O. S. 118. Derselben Ansicht auch Planck a. a. O. Anm. 1 zu § 864.

3) Strohal a. a. O. S. 119; Staudinger a. a. O. Anm. 1b zu § 864.

die Herstellung eines seiner Handlungsweise entsprechenden Besitzstandes verlangen kann." Dieser Abschnitt findet, wie die Motive (S. 131) sagen, „seine Rechtfertigung darin, dass eine possessorische Restitution mit einer ihr folgenden, dem materiellen Recht entsprechenden Restitution ein unnötiger Umweg sein würde".

Zum ersten ist also erforderlich ein rechtskräftiges Urteil; die blosse Erhebung der Klage aus dem Recht genügt nicht.[1]

Sodann muss durch das Urteil festgestellt werden, „dass dem Täter ein Recht an der Sache zusteht, vermöge dessen er die Herstellung eines seiner Handlungsweise entsprechenden Besitzstandes verlangen kann". Ob hier unter dem „Recht an der Sache" nur die Feststellung eines dinglichen oder auch die eines blos obligatorischen Rechts an der Sache verstanden sein soll, ist zweifelhaft. Nach der Terminologie des Bürgerlichen Gesetzbuches kann hier lediglich ein dingliches Recht gemeint sein. Diese Auffassung wird auch von der Mehrheit der Kommentatoren vertreten, so u. a. von Staudinger (Anm. 2c zu § 864), Biermann (Anm. 3a zu § 864) und Planck (Anm. 2a zu § 864). Einer solchen Beschränkung des „Rechts an einer Sache" auf nur dingliche Rechte stimmt dagegen Endemann[2] nicht bei. Zwar sagt er gleich zu Beginn seines Sachenrechtes (S. 1 Anm. 1): „es ist fester

1) Die Klage aus § 861 und die Klage aus dem Rechte können nebeneinander hergehen.

2) Endemann a. a. O. S. 172, Anm. 16.

Sprachgebrauch, dass das Recht an einer Sache das dingliche Recht bezeichnet", indessen sei in vorliegendem Falle auch die Feststellung eines obligatorischen Rechts hinreichend; der Ausdruck „Recht an der Sache" werde hier unrichtig verwertet. Auch Fischer-Henle[1] erscheint eine analoge Anwendung auf Pacht und Miete geboten, ebenso Meisner und Gaertner.[2] Zweifelhaft bleibt Neumann.[3] — In dem ersten Entwurf verlangte der entsprechende § 823 blos die Feststellung des Inhalts eines Rechts; eine Absicht der Beschränkung auf nur dingliche Rechte lässt sich aus den Protokollen der zweiten Lesung (Band III, S. 44f.) nicht erkennen.

Als dritte Voraussetzung ist erforderlich, dass das Urteil nach der Verübung der verbotenen Eigenmacht rechtskräftig wird. Ist das Urteil schon vorher rechtskräftig geworden, so kann, im Gegensatz zu der Ansicht Bekkers,[4] ein Erlöschen des Anspruchs nicht eintreten, da der Anspruch aus § 861 ja noch garnicht zur Entstehung gelangt ist.[5]

Ist das Urteil rechtskräftig, so ist dadurch erreicht, dass der Besitzanspruch erlischt.

Gemäss § 863 sind petitorische Einwendungen nicht statthaft; ein Recht zum Besitz kann der

---

1) Fischer-Henle a. a. Anm. 7 zu § 864.
2) Meisner a. a. O. S. 21; Gaertner a. a. O. S. 191.
3) Neumann a. a. O. Anm. II, 2b zu § 864.
4) Bekker, Der Besitz beweglicher Sachen, a. a. O. S. 17.
5) Biermann a. a. O. Anm. 3a zu § 864; Gaertner a. a. O. S. 191.

Beklagte nur geltend machen, wenn er den Beweis erbringt, dass die Entziehung nicht verbotene Eigenmacht sei, dass also entweder das Gesetz die Entziehung ausdrücklich erlaubt oder dass der Kläger mit der Eigenmacht einverstanden war.

Ergebnis.

In Rücksicht auf die Verteidigung ist das Verhältnis der Klagen lediglich insoweit abzuwägen, als nach Massgabe des in dem Ergebnis der Klagebegründung Gesagten die Klagen in concreto nebeneinander gegeben sind. Es bleibt also von vornherein der Fall des freiwilligen Aufgebens des Besitzes in der Person des Klägers ausser Betracht. Gemäss § 1007 Abs. 3 gründet sich darauf eine Einwendung gegenüber dieser Klage; § 861 kommt nur in Frage bei unfreiwilliger Aufgabe des Besitzes im Wege verbotener Eigenmacht.

Im übrigen lässt sich für die Konkurrenzfälle zunächst negativ konstatieren, dass die Klage aus § 861, abgesehen vom § 863, Einwendungen aus dem besseren Rechte, sowie wegen Verwendungen usw. im Gegensatz zu § 1007 nicht zulässt. Es erhellt, dass letztere Frage, soweit derartige Einwendungen gemacht werden, derentwegen eventuell Beweise angetreten und erhoben werden müssen, ein langwieriges und schwerfälliges Verfahren erheischt, wie die Klage aus § 861, wo diese Einwände ausgeschlossen sind. Es wird daher derjenige, dem auch tatsächlich gegenüber dem Beklagten

ein besseres Recht zum Besitze zusteht, um schleuniger den Besitz zurückzuerlangen, die Klage aus § 861 wählen, in der Einwände aus dem Rechte nicht gewährt werden, während solche, selbst wenn sie chikanöser Natur wären, im Falle des § 1007 geprüft werden müssten, sodass die Entscheidung hinausgeschoben werden müsste. Hat aber der befugt ein besseres Recht Behauptende aus § 861 ein obsiegendes Urteil erstritten, so kann er eben unter Berufung auf sein besseres Recht einer Gegenklage aus § 1007 mit Ruhe entgegensehen. Er wird auch dieses Mal Sieger bleiben.

Andererseits wird derjenige, der des besseren Rechts entbehrt, insbesondere auch derjenige, der beim Erwerbe im bösen Glauben war, regelmässig bei der Klage aus § 1007 unterliegen, während er im Falle des § 861 ein obsiegendes Urteil zu erstreiten in der Lage ist, vorausgesetzt, dass nicht binnen Jahresfrist seitens des gegenwärtigen Besitzers die Einrede des fehlerhaften Besitzes mit Erfolg geltend gemacht worden ist. Gleichwohl wird er trotz einer ihm günstigen Entscheidung keinen dauernden Besitz erlangt haben, sondern gegenüber der nachfolgenden Klage aus § 1007 weichen müssen. Und hierin zeigt sich einerseits die Kraft der letztgenannten Klage, eine d a u e r n d e Besitzregelung herbeizuführen, andererseits die Schwäche der Klage aus § 861, welche regelmässig nur eine p r o v i s o r i s c h e Ordnung des Besitzstandes zu schaffen vermag.

Es empfiehlt sich bei der kleineren Anzahl der aus

§ 861 möglichen Einwendungen, welche aber auch für die Klage aus § 1007 von Bedeutung sind, das folgende vom Gesichtspunkt des erst bezeichneten Paragraphen aus zu betrachten.

Vorausgeschickt soll werden, dass die Einwendung des bösen Glaubens aus Absatz 1 des § 1007, sowie die des früher abhanden gekommenen Besitzes aus Absatz 2 nicht selten zusammenfällt mit der Einwendung aus § 861 Absatz 2. Aber nicht immer.

Des Näheren lässt sich unterscheiden wie folgt:

1. Dem A. wird der Besitz mittels verbotener Eigenmacht von B. entzogen, diesem wieder von A. B. klagt gegen A.

Wird die Klage nach Ablauf der Ausschlussfrist des § 864 Absatz 1 angestellt, so erfolgt Abweisung derselben. Dasselbe gilt, wenn A. den Termin versäumt und B. Versäumnisurteil beantragen würde. Denn die Präklusivfrist von einem Jahr ist von Amtswegen, nicht bloss auf Antrag zu berücksichtigen. Zeitlich bliebe dem Kläger B die Klage aus § 1007 Absatz 2 übrig, und er würde im Falle des Ausbleibens des Beklagten A. Versäumnisurteil erlangen, weil die Verjährungsfrist dreissig Jahre beträgt. Bei Klageerhebung nach Ablauf dieser Zeit würde bei Nichterscheinen des Beklagten auf Antrag Versäumnisurteil ergehen; die Verjährung wird eben nur auf Einrede wirksam, dagegen würde die Klage bei Erhebung derselben seitens des erschienenen Beklagten abgewiesen werden.

Macht der Beklagte geltend, der Kläger B. habe ihm früher den Besitz wider Willen entzogen, und zeigt es sich dabei, dass diese Besitzentziehung durch Kläger weiter wie ein Jahr vor der Besitzentziehung des Beklagten zurückliegt, so wird Beklagter verurteilt. Bei der Klage aus § 1007 könnte der Beklagte durch den Einwand des etwa vorhandenen bösen Glaubens oder des Einwandes, dass ihm die Sache vor der Besitzzeit des Klägers abhanden gekommmen sei, falls Beklagter für redlich befunden wird, Abweisung erwirken. Diese erfolgt auch, wenn die im § 861 Absatz 2 gemeinte Jahresfrist gewahrt ist. — Es sei hier gleich bemerkt, dass im Interesse einer einfachen und übersichtlichen Darstellung für die Folge vorausgesetzt wird, dass die zweite verbotene Eigenmacht stets innerhalb der Frist des § 861 Absatz 2 vorgenommen ist.

2. B. verübt verbotene Eigenmacht gegen A., N. als unmittelbarer Rechtsnachfolger des A. solche gegen B. B. ist Kläger. Alsdann steht N. die Einwendung aus § 861 Absatz 2 zu, da B. seinem Rechtsvorgänger A. gegenüber fehlerhaft besass. B. wird also abgewiesen Dagegen wird B. bei der Klage aus § 1007 vielfach Aussicht auf Erfolg haben. Denn N. kann niemals einwenden, dass „ihm“ die Sache vor der Besitzzeit des Klägers abhanden gekommen sei, auch darf er nicht immer den Einwand geltend machen, dass Kläger beim Erwerbe nicht in gutem Glauben gewesen sei. Denn wie wir oben (S. 36) gesehen haben, kann verbotene Eigenmacht sogar optima fide verübt werden: B. kann ja als

wirklicher oder vermeintlicher Eigentümer die verbotene Eigenmacht verübt haben oder selbst in entschuldbarem Irrtum, etwa weil er sich selbst für den Besitzer hielt. Ist aber B. bei Verübung der verbotenen Eigenmacht in bösem Glauben gewesen, so wird er, wenn N. einen diesbezüglichen Einwand erhebt, mit der Klage abgewiesen.

Das Gesagte gilt auch, wenn zwischen A. und N. eine Zwischenperson steht, wenn z. B. A. Rechtsvorgänger von X. und X. Rechtsvorgänger von N. ist. Es genügt eben für die Anwendung des § 861 Absatz 2, dass B. „einem" Rechtsvorgänger gegenüber fehlerhaft besass. Andererseits bliebe auch bei der Klage aus § 1007 der Einwand des bösen Glaubens gegebenenfalls als unzulässig ohne Erfolg, wenn nämlich B. bei der Verübung der verbotenen Eigenmacht in gutem Glauben war. — Ferner macht es keinen Unterschied, ob zwischen dem Beklagten N und dem ersten Verüber der verbotenen Eigenmacht B weitere Zwischenbesitzer vorhanden sind, vorausgesetzt, dass diese die Fehlerhaftigkeit des Besitzes gemäss § 858 Absatz 2 gegen sich gelten lassen müssen, z. B. so, dass B. den Besitz an den die verbotene Eigenmacht kennenden C. überträgt und C. Kläger ist. Stets erfolgt bei der Klage aus § 861 Abweisung derselben, während der Kläger bei der Klage aus § 1007 für den Fall, dass B. bei Verübung der verbotenen Eigenmacht in gutem Glauben war, wegen der Hinfälligkeit des Einwandes des bösen Glaubens siegen wird. Ist aber B. bei Verübung der verbotenen Eigenmacht nicht in gutem Glauben

gewesen, so wird die Klage auf den von N. erhobenen Einwand des bösen Glaubens hin abgewiesen. Die Sachlage wird aber nicht die Gleiche bleiben, wenn nicht N., sondern A., dem zuerst wider Willen der Besitz entzogen wurde, beklagt ist. Gegenüber § 861 geschieht die Abweisung der Klage nach Massgabe des Absatzes 2, gegenüber § 1007 auf Grund des Einwandes, dass „ihm" vor der Besitzzeit des Klägers die Sache abhanden gekommen sei.

Es zeigt sich also, dass die Klage aus § 861 auf die Einwendung aus Absatz 2 hin regelmässig abgewiesen würde, während die Klage aus § 1007 von Erfolg begleitet ist, falls derjenige, der die erste verbotene Eigenmacht verübt hat, in gutem Glauben gewesen ist. Eine Abweisung aus § 1007 kann nur in Frage kommen, wenn die Einwendung, dass der Verüber der ersten verbotenen Eigenmacht nicht in gutem Glauben gewesen ist, oder diejenige des früher abhanden gekommenen Besitzes gegeben ist.

3. A. verübt verbotene Eigenmacht gegen C., welcher Rechtsnachfolger des B. ist, aber von der von B. gegen A. verübten Eigenmacht nichts weiss. C. klagt gegen A.

Hier besitzt C. dem A. gegenüber nicht fehlerhaft, folglich kann A. die Einwendung aus § 861 Absatz 2 auch nicht mit Erfolg geltend machen. A. wird demnach verurteilt. Bei der Klage aus § 1007 würde C. dagegen unterliegen auf Grund der Tatsache, dass dem redlichen A. der Besitz vor der Besitzzeit des Klägers abhanden gekommen ist.

Tritt an Stelle des A. ein Rechtsnachfolger N. — sei es mittelbar oder unmittelbar —, so erfolgt gegenüber § 861 wiederum Verurteilung, da C. dem A. gegenüber nicht fehlerhaften Besitz hatte; ebenso aber würde N. gegenüber der Klage aus § 1007 der verlierende Teil sein, da nicht „ihm", sondern dem A. seiner Zeit der Besitz abhanden gekommen ist. Der Nichtkenntnis des C. von dem fehlerhaften Besitz des B. würde ein anderer den fehlerhaften Besitz unterbrechender Umstand gemäss den Ausführungen im Ergebnis der Klagebegründung gleichstehen. So würde z. B. C., wenn er dem B. die Sache gestohlen hätte, kein Nachfolger im Sinne des § 858, Abs. 2 sein, und daher A. gegenüber nicht fehlerhaft besitzen Bei der obigen Sachlage würde also der Einwand aus § 861 Absatz 2 gegen ihn versagen und ein verurteilendes Erkenntnis ergehen, dagegen auf Grund einer Klage aus § 1007 wegen des bösen Glaubens des C. Abweisung erfolgen.

4. Bisher wurde zunächst davon ausgegangen, dass A., dem gegenüber B. zuerst verbotene Eigenmacht verübt hatte, oder sein Rechtsnachfolger dem B. bezw. dessen den fehlerhaften Besitz des B. kennenden Rechtsnachfolger C. wider Willen den Besitz entzog. Geschieht demgegenüber die possessorische Eigenmacht nicht durch A. oder dessen Rechtsnachfolger, sondern durch einen anderen Dritten, so kann dieser aus § 861 Absatz 2 einen Einwand niemals entlehnen. Er wird nach § 861 stets unterliegen, ebenso aber auch nach § 1007, falls B., der dem A. die Sache eigenmächtig weg-

genommen hatte, bei Verübung der verbotenen Eigenmacht in gutem Glauben war, etwa weil er sich für den Eigentümer der Sache hielt. Dagegen wird bei der Klage aus § 1007 der Beklagte ein abweisendes Urteil gegen B. bezw. C. gewinnen, wenn der Einwand, dass B. bei der Verübung der verbotenen Eigenmacht nicht in gutem Glauben war, gegeben ist.

Würde C. den fehlerhaften Besitz des B. nicht kennen, und D. ihm den Besitz entziehen, so würde er ohne Weiteres sowohl mit der Klage aus § 861 als aus § 1007 gegen diesen durchdringen.

5. Auch hier ergiebt sich, dass, wenn beide Klagen an sich auch nebeneinander zuständig sind, vielfach zwar auf Grund der Einwendungen des Beklagten der Erfolg oder Nichterfolg der Gleiche ist, dass andererseits aber in zahlreichen Fällen das Ergebnis von einander abweicht.

Gegenstand und Inhalt beider Klagen unter Berücksichtigung des Verhältnisses.

Zu Beginn des § 1007 heisst es: „wer eine bewegliche Sache im Besitze gehabt hat." Demnach kann der Anspruch auf Herausgabe nur hinsichtlich beweglicher Sachen geltend gemacht werden. Im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs sind aber Sachen nur körperliche Gegenstände; unkörperliche Gegenstände insbesondere Rechte geniessen daher nicht den Schutz aus § 1007. In Bezug auf letzteres versagt auch die Klage aus § 861, während sie andererseits im Gegensatz zur Klage aus § 1007 Immobilien schützt und nicht bloss Mobilien[1]. Rücksichtlich der letzteren wird bei § 861 keine Einschränkung gemacht wie bei § 1007 Absatz 2. Hier sind nämlich Geld und Inhaberpapiere dem gerichtlichen Schutze entzogen. Der Grund hierfür beruht wohl darauf, dass sich Geld und Inhaberpapiere nur schwieriger identifizieren lassen[2] Auch ist es nötig, dass bezüglich dieser Sachen im Interesse des Verkehrs auf Regelung eines möglichst

1) Dass für Immobilien die Klage aus § 1007 ausgeschlossen ist, hat keinen weiteren praktischen Nachteil. Denn ausser § 861 gewährt vor allem auch der § 891, in welchem die Vermutung der Richtigkeit des Grundbuches aufgestellt ist, hinreichenden Rechtsschutz.

2) Cosack a. a. O. § 191, IX, 3; Peipers a. a. O. S. 32.

raschen und sicheren Umlaufs derselben getrachtet werden muss. Um dieses zu erreichen, hat der Gesetzgeber dem gutgläubigen Erwerber von Geld und Inhaberpapieren gegenüber den Besitzvorgängern den Vorzug gegeben, selbst wenn diesen das Geld gestohlen war.

Im Gegensatz zu der Klage aus § 1007 können auch Grunddienstbarkeiten,[1] die für die Eigentümer im Grundbuche eingetragen sind (§ 1029), Gegenstand der Besitzschutzklage sein. Gemäss § 1090 finden die Bestimmungen des § 1029 auf beschränkt persönliche Dienstbarkeiten entsprechende Anwendung. In diesem Falle genügt es auch, um den Besitzschutz der eingetragenen Dienstbarkeit zu geniessen, wenn man sich in der Ausübung der Grunddienstbarkeit befindet;[2] eine Eintragung des Ausübenden selbst ist nicht erforderlich. Anderer Ansicht ist u. a. Staudinger,[3] der auch das berechtigte Subjekt im Grundbuche eingetragen wissen will. Endemann[4] hält überhaupt die Heranziehung des § 1029 in § 1090 Absatz 2 für im wesentlichen verfehlt, weil es nötig sei, dass die Dienstbarkeit durch den eingetragenen Berechtigten geschehe, und somit nur die Geltendmachung des Rechts in Frage komme. Diese Ansicht ist indes, wie auch Planck[5] ausführt, nicht richtig, weil nur die Eintragung der

1) cf. Gaertner a. a. O. S. 178.
2) cf. Fischer-Henle a. a. O. Anm. 7 zu § 1090.
3) Staudinger a. a. O. Anm. II, 1b zu § 1090.
4) Endemann a. a. O. § 107 Anm. 8.
5) Planck a. a. O. Anm. 3 zu § 1090.

Dienstbarkeit und die Ausübung im letzten Jahre erforderlich sei.

Der Anspruch aus § 1007 ist auf Herausgabe der Sache gerichtet,[1] und zwar als petitorische Klage auf endgültige Herausgabe. Im Gegensatz dazu geht die possessorische Klage aus § 861 auf blosse Wiedereinräumung des Besitzes. Bei der Besitzrechtsklage greifen bezüglich der Haftung für Schäden, Nutzungen und Verwendungen die Vorschriften der §§ 986 bis 1003 Platz, während bei der Besitzschutzklage Schadenersatzansprüche mit einer besonderen Klage geltend gemacht werden müssen, wobei jedoch eine Verbindung dieser beiden Klagen zulässig ist.

1) Gierke, Fahrnisb. S. 63.

Schlussergebnis.

Wir haben in den voraufgehenden Darstellungen untersucht, wann die Klage aus § 861 und wann die aus § 1007 angestellt werden kann. Wir haben gefunden, unter welchen Voraussetzungen die Klage aus § 861, bezw. nur die aus § 1007 zusteht; wir haben ferner die Fälle angegeben, in denen beide nebeneinder gegeben sind. Und für diese Fälle der Konkurrenz beider Klagen muss noch festgestellt werden, ob der Kläger praktisch die aus § 861 oder die aus § 1007 wählt. Wir berücksichtigen dabei nur den Fall, in dem der Kläger nicht nur nach Massgabe der klagebegründenden Tatsachen sich auf § 861 sowohl wie auf § 1007 stützen kann, sondern auch trotz der etwa möglichen Einwendungen Sieger bleiben würde, wie dies in dem Abschnitt „Verteidigung" des näheren ausgeführt ist.

Wir fragen also, wird der Kläger, wenn er sowohl bei der Klage aus § 861 wie bei der aus § 1007 ein obsiegendes Urteil erstreiten würde, besser tun, nur aus § 861 oder nur aus § 1007 zu klagen, oder aber wird er in seinem Interesse beide

Klagen verbinden, was ihm ja gemäss § 260 der Civilprozessordnung gestattet ist.

Massgebend ist hier der schon oben ausgesprochene Satz, dass die Wahl des § 1007 den Vorzug endgültiger Wiedererlangung bietet, dagegen § 861 nur eine provisorische gegenüber einer späteren erfolgreichen petitorischen Klage machtlose Besitzregelung schafft, andererseits aber ein beschleunigtes, durch materielle Einwendungen nicht gehindertes Verfahren aufweist.

Man kann daher sagen: ist dem Kläger daran gelegen, möglichst schnell den Besitz der Sache wieder zu erlangen, und steht ihm ein besseres Recht des Beklagten offenbar nicht entgegen, so klagt er am besten aus § 861. Er erlangt dadurch in Ermangelung eines besseren Rechtes auf der Gegenseite zugleich endgültig die Sache zurück. Einer evtl. Besitzklage des Beklagten kann er mit Ruhe entgegensehen. In dieser Weise würde etwa der Eigentümer gegen den Dieb der Sache vorgehen. Aus § 1007 würde der Eigentümer nicht die Klage erheben, mit Rücksicht darauf, dass der Gegner, wenn auch nur chikanös, petitorische Einwendungen geltend machen könnte, deren Erledigung, wenn Beweise zu erheben sind, Zeit in Anspruch nehmen und den Prozess verzögern würden.

Beide Klagen nebeneinander anzustellen, hat er gleichfalls keine Ursache; das, was er will, nämlich die Wiedererlangung des Besitzes der Streitsache, erreicht er vollkommen mit der Besitzschutzklage. Macht er ausserdem noch einen Anspruch wegen

der Früchte und Nutzungen der Sache geltend, so muss er dies, wie bereits oben bemerkt, bei Anstellung der Klage aus § 861 in einer besonderen Klage ausführen.

Steht aber dem Eigentümer nicht ein Dieb gegenüber, behaupten vielmehr beide mit bestem Glauben ihr Recht, handelt es sich also darum, klar zu stellen, wer tatsächlich der besser Berechtigte ist, so würde der Kläger zwar auch auf Grund des § 861 siegen, aber ob sein Sieg von Dauer ist, steht dahin. Er könnte, wenn der Beklagte später aus § 1007 Gegenklage anstrengen sollte, evtl. unterliegen. Er wird daher entweder nur aus § 1007 klagbar werden, um so dauernd den ihm zugesprochenen Besitz behaupten zu können, oder aber daneben aus § 861, wenn ihm daran liegt, auch möglichst schnell die Sache wiederzubekommen.

Druckfehlerberichtigung.

Seite	16	Zeile	27	v. o. Er statt Es.
„	47	„	25	v. o. Bezüglich statt Bezüglish.
„	51	„	18	v. o. gehört hinter 999 ein Komma.
„	54	„	10	v. o. Besitz statt Bezitz.
„	61	„	4	v u. langwierigeres und schwerfälligeres statt lanwieriges und schwerfälliges